

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Programa de Doctorado y Diploma de Estudios Avanzados

“Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología”

Poder, control y castigo: Fines de la pena e influencia del mercado en la definición del enemigo

Izabella Barros Melo

Sevilla, 2015

Dirigida por la Dra. Carmen López Peregrín

SUMARIO

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO	
LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE BECCARIA HASTA LOS AÑOS CUARENTA	
DEL SIGLO XX	16
<i>I. Beccaria y el Derecho penal clásico</i>	16
<i>II. Kant, Hegel y la retribución</i>	29
A. Kant	31
B. Hegel	37
C. Críticas a la retribución	42
<i>III. Bentham, Feuerbach y la prevención general</i>	52
A. Bentham	52
B. Feuerbach	56
<i>IV. Positivismo criminológico y prevención especial</i>	65
A. Los primeros positivistas	65
B. Críticas al Positivismo criminológico	79
C. El Correccionalismo	84
<i>V. Von Liszt</i>	89
<i>VI. El Positivismo criminológico extremo y la Alemania Nazi</i>	102
CAPÍTULO SEGUNDO	
UNA NUEVA PENA PARA UNA NUEVA SOCIEDAD	117
<i>I. Resocialización</i>	117
<i>II. What works?</i>	133
<i>III. Incapacitación</i>	138
<i>IV. Von Hirsch y el Neorretribucionismo</i>	147
<i>V. Funcionalismo y castigo</i>	159
A. Roxin	160
B. Jakobs	165
<i>VI. Derecho penal del enemigo</i>	173
CAPÍTULO TERCERO	
MERCADO Y PODER	187
<i>I. Del welfare al workfare</i>	187
A. Bienestar social y su decadencia	187
B. Medios de comunicación	200
1. Medios de comunicación y mercado	200

2. Opinión pública y publicada	207
C. Gestión del riesgo	215
D. Estado, mercado y sociedad civil	224
II. <i>Poder y castigo</i>	234
A. Castigo moderno y poder punitivo	234
B. Disciplina y control de los cuerpos	243
C. Prisión y dominio de los cuerpos	251
III. <i>Hacia la sociedad de control</i>	257
A. Psicopolítica y <i>Big Data</i>	257
B. <i>Debtfare</i> , neo exclusión y movimientos sociales	267
 CAPÍTULO CUARTO	
DERECHO PENAL Y CONTROL	278
I. <i>Control y terrorismo</i>	278
A. Guerra al terrorismo y control	281
B. terrorismo nacionalista y terrorismo yihadista em España	291
C. Los nuevos terroristas	300
II. <i>Control y Castigo</i>	320
A. Incapacitación e intimidación	320
1. Límite máximo de cumplimiento	323
2. Acceso al tercer grado	326
3. Libertad condicional	333
4. Prisión permanente revisable	339
5. Libertad vigilada	347
6. Imprescriptibilidad	357
7. Decomiso	361
B. Más críticas al nuevo modelo punitivo	366
1. Instrumentalización de la resocialización y orientación hacia otros fines de la pena	369
2. Instrumentalización de la víctima	382
 CONCLUSIONES	389
 BIBLIOGRAFÍA	401

ABREVIATURAS

ACFS:	Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFD:	Anuario de Filosofía del Derecho
AJA:	Actualidad Jurídica Aranzadi
ALOPSC:	Anteproyecto de Ley organica de protección de la seguridad ciudadana
AP:	Actualidad Penal
ARS:	Annual Review of Sociology
art./ arts.:	Artículo/ Artículos
Astrolabio:	Astrolabio Nueva Época. Revista digital del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad
BMDC:	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BMJ:	Boletín del Ministerio de Justicia
BOCC:	Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação
CC:	Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas del Control Social
CDS:	Cahiers de Défense Sociale
CE:	Constitución Española
Coord./ Coords.:	Coordinador/es
Cp.:	Código penal español
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
DeC:	Direito e Cidadania
Dir./ Dirs.:	Director/es
DLL:	Diario La Ley
Doxa:	Cuadernos de Filosofía del Derecho
DPyC:	Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas
ed.:	Edición
Edit./Edits.:	Editor/es
EJ:	Espaço Jurídico
EJCPR:	European Journal on Criminal Policy and Research
EPC:	Estudios Penales y Criminológicos
ESTUDIS:	Estudis. Revista de Historia Moderna
Eunomía:	Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad
F.:	Fascículo
I:	Issue
JD:	Jueces para la Democracia
LO:	Ley Orgánica
LOGP:	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPSC:	Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana
LORDR:	Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión
LPRS:	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social
LVM:	Ley de Vagos y Maleantes

N.:	Nota/s
nº.:	Número/s
Org/s.:	Organizador/es
OSLS:	Oñati Socio-legal Series
p./pp.:	Página/s
Papeles:	Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global
PI:	The Public Interest
PolCrim:	Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales
RAD:	Revista Aranzadi Doctrinal
RBCCrim:	Revista Brasileira de Ciências Criminais
RBCDP:	Revista Brasileira de Criminologia e Direito penal
RCSP:	Revista Catalana de Seguretat Pública
RDP:	Revista de Derecho Penal
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDPol:	Revista de Derecho Político
RDPP:	Revista de Derecho y Proceso Penal
REJ:	Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas
REPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REIC:	Revista Española de Investigación Criminológica
RF:	Revista de Filosofía
RFDUC:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGDP:	Revista General de Derecho Penal
RJA:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC:	Revista Jurídica de Catalunya
RP:	Revista Penal
RPCP:	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPJ:	Revista del Poder Judicial
RPP:	Revista Pensamiento Penal
RXG:	Revista Xurídica Galega
ss.:	Siguientes
T.:	Tomo
trad./trads.:	Traductor/es
V.:	Volumen
vid.:	Vide
VV.AA.:	Varios autores

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido respecto del castigo, de sus fines y de su legitimidad, por eso parece tan difícil abordar este tema desde un punto de vista realmente nuevo. En todo caso, la crisis que atraviesa actualmente no sólo la pena, sino también todo el conjunto de valores que la limita y justifica conducen a continuar la discusión sobre sus consecuencias (lo que también ha sido exhaustivamente tratado por la doctrina penal en las últimas décadas), o sobre sus causas, que desde nuestro punto de vista son extremadamente complejas y demuestran una transformación profunda, tanto en cuanto a los valores de la sociedad contemporánea, como también en relación con la tolerancia frente a los comportamientos que se desvían del patrón.

Las discusiones sobre su finalidad, intensidad y orientación sobrepasan hoy los debates doctrinales y han terminado por ocupar amplios espacios en los medios de comunicación y en las discusiones informales, a las que a menudo el legislador presta más oídos que a la doctrina especializada. Y precisamente estas posiciones contradictorias han resultado en graves y complejos conflictos sobre lo que se entiende por pena y sobre cuáles han de ser sus objetivos y límites¹.

En nuestra opinión, una de las principales dificultades que presenta una discusión objetiva sobre este tema, como pone de manifiesto HASSEMER, sería el hecho de que el Derecho penal se ha convertido en el foco de las expectativas sobre la resolución de problemas, sobre la garantía de la seguridad y, en cierta manera, sobre la sensación de paz y de libre desarrollo del ser humano².

En la medida en que tantos elementos de nuestro tiempo conducen a innumerables frustraciones e infelicidades, la pena es percibida como la única y

¹ En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Sobre la ideología de las teorías de la pena", en *Circunstancia*, nº. 16, 2008, p. 5, donde, acertadamente, indica que el Derecho penal puede entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente.

² "El Derecho penal y la pena han sido elevados a la categoría de fuentes de expectativas para la solución de los grandes problemas políticos y sociales, y la «necesidad perentoria de actuar» se asocia, para los responsables de calmarla, con el aumento de prohibiciones, intervenciones y sanciones penales". HASSEMER, Winfried, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? Sentido y fin de la sanción penal", trad. María del Mar Díaz Pita, en *RDPC*, 2ª. Época, nº. 3, 1999, p. 319.

exclusiva forma de alcanzar la tranquilidad, sobre todo por ser un medio considerado rápido, simple y eficiente para garantizar la higiene social, la eliminación de los indeseables e irresponsables y la incapacitación de los peligrosos. Así que ningún otro método parece ser más eficaz. No es necesario siquiera buscar una alternativa³.

Ante este panorama, los intereses del Estado se desvían definitivamente de las discusiones teóricas. Se ignoran insistentemente los numerosos avisos por parte de la doctrina en cuanto a los riesgos a los que nos enfrentamos y se consideran inútiles las orientaciones académicas acerca de la manera más adecuada de lidiar con los problemas actuales, con la nueva criminalidad y también con la vieja. Pero, ¿a qué se debe esta indiferencia y a qué consecuencias conduce?

En primer lugar, en lo que se refiere al ciudadano, es especialmente significativo observar que, en tiempos de protagonismo del terrorismo internacional, hablar sobre la protección de los derechos del delincuente o defender que le sean aplicables los derechos humanos despierta, en muchos casos, indignación y oposición. Sentimientos completamente comprensibles cuando se reconocen las circunstancias a las cuales la sociedad contemporánea, donde está inmerso quien escribe este trabajo y quien lo lee, está sometida.

Angustia, estrés, miedo, frustración son compañeros de quienes viven los tiempos actuales. Sensaciones que todos podemos experimentar, si no experimentamos ya diariamente, en nuestras actividades habituales y en nuestras relaciones interpersonales. La necesidad de permanecer de pie frente a tantas presiones, de tantas metas inalcanzables, somete al ser humano participante del ambiente social posmoderno a relaciones más frágiles y a tensiones que le colocan en un contexto de desgaste e intolerancia cada vez más elevado.

La mera posibilidad de que se pierda o destruya aquello que llevó toda una vida –o todo un día– formar o establecer, transforma al hombre, cada vez más materialista y envuelto en su individualismo, en un ser egoísta, intolerante, exigente

³ “La sociedad y los políticos también lo ven así: basan sus planteamientos en la eficacia del derecho penal y lo hacen creando nuevas figuras penales y endureciendo las penas, confiando al Derecho penal la solución de los problemas más acuciantes, que esperan resolver con la amenaza penal y, en casos extremos, con la pena de prisión”. HASSEMER, Winfried, en *RDPC*, 1999, p. 319.

y menos dispuesto al perdón, a la comprensión de los hechos, del otro, de uno mismo.

Clasificar a los diferentes como inferiores, ignorantes, malos o asociales es establecer una línea que separa los amigos de los enemigos. Es definir un espectro de lo que son 'ellos' y de lo que somos 'nosotros', sin que, todavía, sepamos exactamente qué elementos pueden definir esos grupos. Y el hecho de que no comprendamos exactamente esa clasificación, deja abierta una brecha, que puede ser llenada por cualquier concepto, por cualquier teórico, por cualquier político, por cualquier medio de comunicación. Por cualquier hecho que cuando, eventualmente, venga a ser cometido despierte una sensibilidad más intensa, que envuelva a las personas en una corriente de miedo, una preocupación, un riesgo. Otro más.

Las personas parecen seguir atadas a una realidad que ya no es nuestra. Y esa dificultad en convivir con los efectos de la metamorfosis posmoderna es transversal a todas las clases sociales y a todas las nacionalidades. Así que, lo que parece importar de verdad, es la protección de la estabilidad en tener y ser, aunque esto ya no sea posible. Como tampoco es posible cumplir lo prometido, si la promesa es plena seguridad.

Ignorando la racionalidad –lo que sí se puede alcanzar y lo que no se puede–, nos apegamos a conceptos ultrapasados, característicos de un tiempo cuyo desarrollo era demasiado inferior a lo que se encuentra ahora, aunque de eso no nos damos cuenta. Y para sostener la nostalgia de lo que fuimos como colectividad, se acepta que se aleje a los enemigos con la supuesta finalidad de minimizar los riesgos que nos persiguen. Ideas consumidas y compartidas por la sociedad de la información, propagadas por los medios de comunicación y por los discursos políticos que, cada día, ignoran más y más las críticas de los expertos y que invitan al Estado a asumir posturas cada vez más nocivas para el mantenimiento (y sobre todo la protección) de la sociedad democrática. Por lo tanto, el discurso de la protección de los derechos de "ellos" (aquellos que nos pueden dañar) se aleja, especialmente cuando se percibe que lo que está en juego es el deseo de estabilidad, la cual ya no cabe en lo que la sociedad contemporánea globalizada puede ofrecer.

Lamentablemente, el conflicto y la amenaza de los nuevos tiempos, como también los prejuicios y la intolerancia de aquellos que no reconocen o que no se

sienten satisfechos por el ambiente pacífico, equilibrado y justo, parecen vivir otra vez (o todavía) en occidente. Y su discurso convence a aquéllos que no notan que el crecimiento de la fuerza y del poder represivo del Estado es una amenaza para todos los que simplemente buscamos saciar los deseos de hoy (el consumo, el placer, el crecimiento individual y personal, el reconocimiento). Objetivos sencillos que quedan igualmente amenazados cuando el Estado de Derecho también lo está.

En segundo lugar, hay que considerar, además, que en paralelo a los factores provenientes del ciudadano, que han transformado la relación entre la sociedad y el delincuente, también actúan otras fuerzas venidas de las relaciones entre el Estado y el poder económico, que conjuntamente ejercen sus propias presiones tanto en la propia sociedad, como en el poder político responsable de la definición de comportamientos indeseables y de las decisiones relativas al control de los mismos.

MUÑOZ CONDE dijo acertadamente hace ya treinta años que “[h]ablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia”⁴. Sin embargo, la realidad punitiva contemporánea parece forzar una complementación a dicha afirmación, pues, si se puede observar en la historia del castigo la progresiva penetración del poder económico en las relaciones sociales, parece que, hoy por hoy, hablar de Derecho penal parece ser, de una forma o de otra, hablar sobre la violencia promovida por el poder político en favor del dominio del capital, sobre todo en contra de quienes contradicen la hegemonía de esta fuerza.

Es precisamente en el derecho de punir donde se puede observar la amenaza representada por el propio Estado en contra del ciudadano, ahora en una posición bastante inferior frente al poder político y al sistema económico. Desde esta perspectiva, a lo largo de este trabajo trataremos de observar si el castigo moderno, de alguna forma, siempre estuvo relacionado con el poder y si, en la medida en que se desarrollaba el capitalismo, esta relación pasaba a ser, cada vez más, pautada por los intereses de las clases económicamente dominantes.

Observar la tendencia punitivista que muchos países han asumido en las últimas décadas conduce a cualquiera a pensar en lo que hay en común entre naciones tan distintas, no sólo culturalmente, sino también económicamente. Desde

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación universitaria de Jerez, 1985, p. 14.

esta perspectiva, no parece razonable que países con criminalidades originadas en circunstancias tan específicas y con relaciones tan distintas respecto al terrorismo, por ejemplo, como es el caso de Brasil y España, se esfuercen en llevar a cabo respuestas relativamente similares en dicho sector punitivo. En el mismo sentido, llama la atención que otros países, que aunque estén inmersos en valores similares, tienen también delincuencia ocasionada por particulares variables, decidan seguir a Estados Unidos en el enfrentamiento a la criminalidad callejera bajo las reglas de la intolerancia. Algo tiene que haber en común entre esos actores.

Por todas partes, parece que la crisis del sentido de la pena es una realidad, pero lo que sorprende es la uniformidad de las reacciones legislativas a dicha crisis, incluso en países que se alejan mucho del desarrollo económico de América del norte y Europa. Y ese fenómeno quizás no esté meramente relacionado con la importación de soluciones penales.

Otro factor que, en nuestra opinión, también debe llamar la atención es el de las cada día más frecuentes protestas sociales que vienen propagándose por todas partes del mundo, protestas que, en general, muestran insatisfacciones sociales, sea frente a las consecuencias del capitalismo avanzado, sea ante la baja protección de los derechos de las minorías, muchas veces ni siquiera reconocidas por el propio Estado o contempladas en sus políticas públicas y que, al final, tienen que someterse a las mayorías en su propio detrimento.

La frecuencia con que esos hechos se repiten, desde Estados Unidos a Egipto, desde Brasil a España, parece sintomática y merece ser destacada, sobre todo porque, tan común como dichos movimientos, parece ser el exceso de fuerza impuesto por el Estado en el enfrentamiento a los mismos.

Por ello, desde la tendencia de los Estados hacia la ampliación de su dominio, tanto cuantitativamente, como cualitativamente, por una parte, hasta las reacciones de la población contra los “daños colaterales” del capitalismo, como sostiene BAUMAN⁵, se puede observar una problemática que ya supera las particularidades

⁵ “El término «baja (o daño, o víctima) colateral» fue acuñado en tiempos recientes en el vocabulario de las fuerzas militares expedicionarias, y difundido a su vez por los periodistas que informan sobre sus acciones, para denotar los efectos no intencionales ni planeados -e «imprevistos», como suele decirse erróneamente-, que no obstante son dañinos, lesivos y perjudiciales. [...] El pensamiento que se rige por los daños colaterales supone, de forma tácita, una *desigualdad ya existente* de derechos y

de una nación y que parece conducir a cada una al mismo camino que a las demás. Y, desafortunadamente, dicho camino parece progresivamente alejarse de las orientaciones constitucionales y de los referentes democráticos.

Como puede deducirse claramente de todo lo anterior, el objetivo de este trabajo es analizar las eventuales relaciones entre el poder político y el mercado, sobre todo en lo que se refiere a los posibles cambios legislativos favorables a garantizar el mantenimiento del poder y del capital en las manos de aquéllos que fomentan dichas leyes, idea que surge al observar las más recurrentes reformas legales, especialmente perjudiciales para la sociedad civil, que no parecen contemplar todos los tipos de criminalidad o de delincuentes, sino sólo algunos específicos, más rechazados por la población. Rechazo que, sin embargo, quizás no surja de ellos naturalmente, sino que es fomentado por los medios de comunicación y por el poder político que insistentemente tratan de hacer referencia a la amenaza que representan dichos supuestos y a la consecuente necesidad de combatirlos. Por esta razón, desde nuestro objeto principal de análisis, el capital, imaginamos que los medios de comunicación, que también en general forman parte del mercado y ejercen su papel para fortalecerlo, quizás influyan en la propagación del referido discurso del miedo, lo que, de alguna forma, refuerza nuestra idea respecto de la contaminación de los sectores públicos por el poder económico.

Como hemos tratado de aclarar, no es nuestra intención aportar nuevas perspectivas a los debates respecto de la pena o del terrorismo, sino poner de manifiesto el serio riesgo que puede representar el eventual alejamiento del Estado de la protección de los derechos de los ciudadanos. Desafortunadamente, los cambios respecto al sentido de la pena por medio de la esa nueva lógica legislativa no parecen mínimamente controlables, sino que proliferan ilimitadamente por los

oportunidades, en tanto que acepta a priori la distribución desigual de los costos que implica una acción (o bien desistir de ella)". BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, trad. Lilia Mosconi, 1ª. ed., Madrid, Fondo de cultura económica, 2001, pp. 13 y 14. Y continúa el autor: "Las bajas se tildan de «colaterales» en la medida en que se descartan porque su escasa importancia no justifica los costos que implicarían su protección, o bien de «inesperadas» porque los planificadores no las consideraron dignas de inclusión entre los objetivos de reconocimiento preliminar. En consecuencia, los pobres, cada vez más criminalizados, son candidatos «naturales» al daño colateral marcados de forma permanente, tal como indica la tendencia, con el doble estigma de la irrelevancia y la falta de mérito". BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, 2001, p. 17.

más diversos países de occidente.

No obstante, aunque esta investigación no se dedique a un análisis complejo acerca del castigo, nos interesa, en todo caso, desde nuestro objeto de estudio, observar la relación entre los argumentos punitivos y las necesidades de gestión de la fuerza productiva, pues es precisamente a través de la sanción como se concreta la dominación de los más débiles. Y por esta razón sería imposible sostener nuestra hipótesis sin tener en consideración la relevancia del poder de punir, evidenciado desde la pena, en la puesta en marcha de la gestión del delito en una sociedad con menos libertad y más controlada.

Desde ya, sin embargo, advertimos al lector de que este análisis no será aséptico: creo firmemente que es necesario volver a los principios del Derecho penal clásico y al garantismo. Por eso me ha parecido importante volver la vista atrás y repasar las propuestas de los reformadores y desde ahí seguir los pasos a los cambios que la propia historia del castigo, naturalmente influenciada por el desarrollo del liberalismo, impuso al sentido de la respuesta estatal y a la lógica referente a los sujetos entendidos como enemigos en cada momento histórico.

En relación todavía a los fines de la pena, también intentaremos averiguar si la respuesta penal sufre algún tipo de influencia como consecuencia de las transformaciones en la naturaleza del mercado desde la superación del Estado extremo en el período posterior a la II Guerra Mundial. Eso nos parece significativo porque si es verdad que el sistema económico encuentra intersecciones con las principales fuerzas que actúan en la sociedad, parece improbable que el sistema punitivo no se vea afectado, de ningún modo, por esas mismas influencias. En todo caso, esa hipótesis necesita salir de ámbitos meramente especulativos, para que se pueda aclarar, primero, si es verdad lo que intuimos y, segundo, en caso positivo, si la legislación contemporánea refleja, de alguna manera, la intromisión del capital en los intereses del poder político.

Por ello, si, como afirman HARDT y NEGRI, el capital ya no se limita a regir determinadas áreas de la sociedad, sino que su dominio impersonal se extiende a través de toda la sociedad, “mucho más allá de los muros de la fábrica, y

geográficamente por todo el planeta”⁶, es más que probable que el poder económico, en su extensión, llegue a afectar la respuesta punitiva. Sin embargo, siguiendo esta línea de planteamiento, precisamos constatar si esa afirmación es razonable y, en caso positivo, cómo se concreta dicha contaminación del sistema penal.

Buscando estas respuestas, partiendo del *welfare* y de las circunstancias que favorecieron el sistema económico, analizaremos si el capital, en aquel tiempo, pasó a ejercer sobre el poder público y en el comportamiento social algún tipo de influencia, así como su eventual participación en la orientación llevada a cabo por los medios de comunicación a favor de ciertos temas. Evidentemente, también analizaremos las consecuencias de dichas transformaciones, en especial en lo relativo a la sensación constante de inseguridad observada por BECK y a la nueva distribución de fuerzas entre el mercado, la sociedad civil y el Estado, como ha sostenido SOMERS, lo que, desde nuestra perspectiva, está relacionado con la tan común permisividad frente a la conducción de la política bajo los intereses del mercado.

Desde la eventual relación entre esos actores, capital y Estado, parece necesario analizar si dicho acercamiento es fruto de nuestro tiempo o si, en realidad, ya había echado raíces a principios del liberalismo. A ese respecto, profundizaremos en las cuestiones relativas a las necesidades de dominación del individuo por el Estado, puestas de manifiesto en los años setenta por FOUCAULT, autor que traza un importante análisis acerca del poder y de las necesidades de normalización del sujeto en beneficio del propio sistema.

Confrontando la realidad observada por este autor, ahora sí en la contemporaneidad, trataremos de observar si esta lógica podría ser aplicada a los problemas más actuales a los que se enfrentan las sociedades desarrolladas y cómo

⁶ “El capital ya no se limita a regir determinadas áreas limitadas de la sociedad. Conforme su dominio impersonal se extiende a través de toda la sociedad, mucho más allá de los muros de la fábrica, y geográficamente por todo el planeta, el imperio capitalista tiende a convertirse en uno «no lugar»; en realidad, todos los lugares. Fuera del capital ya no hay nada, como tampoco hay nada fuera de la lógica del biopoder [...], y ese paralelismo no es casual, porque capital y biopoder funcionan en íntima unión”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Caracas, Editorial Random House Mondadori, 2007, pp. 129 y 130.

la disciplina, característica de aquel tiempo, se transforma en control total, concretando los deseos de BENTHAM de una omnisciencia del cuerpo social.

Trataremos al respecto de constatar si estos nuevos paradigmas se relacionan con el mercado y, sobre todo, con las necesidades de consumo, en el sentido de entender que el individuo pierde, de alguna forma, los elementos que le etiquetarían como ciudadano, es decir, como objeto de interés del poder público, y pasa a ser categorizado como consumidor, es decir, como objeto de interés del poder económico.

En todo caso, no podemos ignorar que lamentablemente parte de la doctrina penal, aunque no mayoritaria, por supuesto, pero sí con mucha voz, viene tratando de legitimar la sobre-represión de determinados sectores de la criminalidad y es posible que, de alguna forma, exista algún tipo de conexión entre dichas figuras y las necesidades de mantenimiento del sistema económico dentro de los parámetros actuales.

Porque llaman, desde luego, la atención los más recientes movimientos opresores, sea por parte de las fuerzas policiales, sea por el propio poder legislativo, puestos en marcha sobre todo en contra de aquéllos que tratan de contradecir el orden económico impuesto. Y ese contraataque del Estado en la lucha contra la disidencia político-económica se vuelve cada día más intolerante y más amenazante para las libertades.

Por esa razón, parece fundamental analizar el tratamiento penal de la delincuencia terrorista en España tras las reformas de 2003, 2010 y 2015, reformas dedicadas progresiva y definitivamente a crear un ambiente criminalizador y penalizador especialmente más severo, protagonizadas por perseguir la intimidación de la generalidad y la incapacitación de los adultos responsables de dichos delitos, los cuales, a consecuencia de las más recientes modificaciones en su concepto, ya no se limitan a los clásicos terroristas nacionalistas, ni a los yihadistas.

Pero, ¿por qué tratar precisamente el tratamiento penal del terrorismo? Porque en nuestra opinión es precisamente a través de los delitos terroristas, los más graves y rechazados, y castigados por las más duras penas del ordenamiento punitivo, como el legislador de 2015 trata de enfrentar a la masa de individuos que se oponen a los excesos que les demanda el capitalismo avanzado. Por alguna razón

que hemos de investigar, el Estado parece entender que los recortes al poder del sistema económico que demanda el pueblo constituyen ataques al orden constitucional, ataques que por tanto vincularían a sus responsables a una lucha ilegítima categorizada como terrorista.

Sin embargo, en la medida en que en general los movimientos sociales no parecen tener la intención de destruir el sistema democrático, sino que más bien lo que están haciendo con sus demandas es precisamente ejercer sus derechos constitucionales, la identificación de quienes integran estos movimientos con terroristas no parece tener absolutamente ningún sentido.

Justamente por esta razón queremos entender de donde viene dicha conexión y las razones que puedan esgrimirse para someter a ciudadanos perjudicados por las mecánicas económicas a un severo control penal, que da lugar a penas desproporcionadas, que además se aplican de manera desigual según la clase de condenado de que se trate, y que se encuentra por ello al margen de las características que deberían estar presentes en el Derecho penal de un Estado que se considera a sí mismo democrático.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS TEORÍAS DE LA PENA DESDE BECCARIA HASTA LOS AÑOS CUARENTA DEL SIGLO XX

I. BECCARIA Y EL DERECHO PENAL CLÁSICO

El primero en proponer un cambio de paradigma significativo en el escenario jurídico de la época fue BECCARIA, a través de su obra *De los delitos y de las penas* (1766), referencia clásica del Derecho penal. Este libro en concreto, censurado por la Iglesia⁷, alcanzó tanta popularidad que no sólo terminó inspirando numerosas reformas legales en el siglo XVIII, llevadas a cabo desde el despotismo ilustrado, sino que también influenció (y continúa influenciando) reflexiones y debates contemporáneos acerca de la legitimación y de los fines de la punición⁸.

Ante la realidad política y social de su tiempo, en ese trabajo el autor se dedicó a criticar el modelo punitivo entonces vigente, estructurado bajo la idea de la intimidación y de la imposición de penas ilimitadamente crueles, que mantenían nebulosas las fronteras entre delito y pecado, prácticamente equiparados en su

⁷ BUENO ARÚS, Francisco, “Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea”, en *CPC*, nº. 38, 1989, p. 302.

⁸ Así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, José/ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho penal*, T. I, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, p. 47; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España* (1973), Barcelona, Crítica, 2000, pp. 152 y 153. Adelantando un poco el tema, es importante mencionar que, sin embargo, para DORADO MONTERO el Derecho penal clásico, a pesar de haber sido innovador, de haber expresado las insatisfacciones populares frente a los daños a los derechos de los ciudadanos y de haber alcanzado innumerables victorias en favor de puniciones más humanizadas, terminó dando continuidad al entendimiento acerca del delito y de la pena y no llegó a proponer nuevos paradigmas acerca de la criminalidad y de su control. Lo que, en opinión de este autor, solamente surge a partir del movimiento correccionalista. Al respecto, dice DORADO: “Yo, sin embargo, pienso que el cambio fué bastante menos radical de lo que suele creerse. La labor de los revolucionarios tuvo un carácter principalmente sentimental: fué la protesta de la dignidad humana contra las crueldades y atroces refinamientos penales que la desconocían y escarnecían (hoguera, rueda, enterramiento en vida, *culleum*, descuartizamiento, mutilaciones, marcas, muerte civil, picota, azotes, emplumamiento, tormento, etc., etc.); la lucha violenta por la afirmación de la personalidad individual, con propio valor como tal, frente al absorbente e ilimitado poder del soberano, encarnación entonces del Estado [...]”. DORADO MONTERO, Pedro, *Estudios de Derecho Penal Preventivo*, Madrid, Vitoriano Suarez, 1901, p. 8. BECCARIA, recientemente, ha inspirado la publicación de una importante obra que trata de analizar la influencia de su trabajo en las legislaciones penales más recientes. Vid. MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011.

reproche y gravedad⁹. BECCARIA, además, presentó importantes propuestas para el control del autoritarismo, aproximando la doctrina penal a la teoría del contrato social introducida por ROUSSEAU¹⁰.

Al respecto, nos interesa subrayar rápidamente que la metáfora propuesta por este autor para aclarar las obligaciones que sostienen las relaciones sociales y el poder del Estado, introduce la idea de que la necesidad de autopreservación ha llevado al hombre a agregarse a las fuerzas de otros hombres, conduciéndoles a una asociación que les protege. A cambio, todos se han comprometido a ceder parte de su libertad, sometiéndose al dominio de la ley. Es un compromiso recíproco, de cada individuo frente a los otros miembros del grupo, lo cual promueve la subordinación de cada uno a la voluntad general¹¹. Para ROUSSEAU, el tránsito del estado de naturaleza al estado civil ha resultado en la pérdida de la libertad natural (limitada

⁹ Como señala TOMÁS Y VALIENTE, una vez que el crimen y el pecado tenían una fuerte conexión, la misma relación entre la pena y la penitencia hacía que la confesión fuera la mejor forma de descubrir a un culpable. Al caer en las manos del Estado como supuesto delincuente, el individuo era sometido a las torturas más martirizantes, con lo que la confesión, incluso de aquellos actos que no había practicado, terminaba por ser natural. Al respecto, dice el autor: “Dada la similitud entre delito y pecado, entre pena y penitencia, como un reflejo más de la presencia viva de las ideas religiosas en el mundo de entonces, no es extraño que se creyera que nada mejor para saber si un hombre es culpable, que su propia confesión; y puesto que ésta no se producía de hecho espontáneamente, había que recurrir a medios violentos para lograrla, con los cuales se pretendía vencer la instintiva resistencia a la autoacusación”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España* (1973), 2000, p. 101.

¹⁰ “Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 2014, pp. 41 y 42. Sin embargo, hay quien entiende que el modelo contractualista seguido por BECCARIA no fue el propuesto por ROUSSEAU, sino por LOCKE. Al respecto, dice VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “Su punto de partida es, sin duda, el modelo contractualista propalado por los teóricos del Estado de la época del iluminismo –ese esplendoroso período de la historia humana cuyas ideas y valores todavía procuran algún punto de humanidad y civilización al mundo contemporáneo–, aunque sin descartar el papel del soberano como era apenas obvio en el marco de un Estado absolutista, no tanto al estilo rousseauiano, sino en la línea defendida por Locke”. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Derecho de castigar”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 30.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social* (1762), trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Espasa, 2011, pp. 45 y ss.

por la fuerza) a cambio de la libertad civil (limitada por la voluntad), lo que llevó al individuo a sustituir el instinto irracional por la justicia y por el uso de la razón¹².

En efecto, “De los delitos y de las penas” surge en un ambiente culturalmente efervescente, intelectualmente próspero, permeado por el pensamiento racionalista e idealista de la Ilustración. Es el momento en que despunta el Estado liberal –que busca librarse de la interferencia estatal en las relaciones entre los individuos y, principalmente, en la economía– así como los movimientos que procuran aproximar la nueva burguesía a los privilegiados miembros de la nobleza, equiparando sus derechos y facilitando beneficios a sus intereses¹³.

Hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que se observa en la actualidad, en el período iluminista, los intelectuales, conscientes del peso del poder absoluto del soberano, percibían la amenaza proveniente de las prerrogativas del Estado para interferir en la libertad de los ciudadanos. Y en esa realidad se basaba la necesidad de someter esta fuerza a límites con fines de proteger a todos los individuos, incluso a los no delincuentes, de los riesgos que la eventual violencia estatal podría representar¹⁴.

¹² “Este tránsito del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta la justicia al instinto y al dar a sus acciones la moralidad que antes le faltaba. Sólo cuando ocupa la voz del deber el lugar del impulso físico y el del apetito es cuando el hombre, que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar según otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social* (1762), 2011, pp. 49 y 50. Y continúa el autor: “Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar: lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en estas complicaciones es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, y la posesión, que no es sino el efecto de la fuerza o el del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse sino sobre un título positivo”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social* (1762), 2011, p. 50.

¹³ Aunque, como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, se buscaba disminuir las diferencias sociales entre burgueses y nobles, no se daba el mismo compromiso respecto a las diferencias sociales entre estas mismas clases y la clase baja. Dice el autor: “Este principio de desigualdad abre una vía de crisis a este modelo de Estado, que llega hasta nuestros días y que en su evolución siempre se plasma en la constante aspiración de alcanzar la igualdad”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid, Iustel, 2012, p. 42.

¹⁴ “Como es usual decir en estos casos, los autores ilustrados se veían a sí mismos más como imputados temerosos frente a los rigores del poder penal público que como sujetos pasivos de la criminalidad temblando ante los delincuentes comunes”. PASTOR, Daniel R., “Prontitud de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 196. Como observaremos en los próximos epígrafes, el positivismo, que en su tiempo también quebrará paradigmas, introducirá nuevos conceptos acerca

En todo caso, es probable que BECCARIA no hubiera conseguido imaginar la fuerza de sus palabras o la capacidad de su teoría para estimular numerosos Estados, convencidos de que la pena demandaba otros fines o de que los nuevos tiempos (y los nuevos agentes del poder) demandaban otros fines para la pena. Asimismo, la simplicidad de su texto, quizá algo inmaduro o insuficientemente reflexionado, terminó resultando accesible a individuos de muchas nacionalidades. Personas reprimidas por la ley, oprimidas por el Estado absoluto, que buscaban una voz en la defensa de la “dulcificación” (usando su propio eufemismo) de la reacción estatal.

Un rápido análisis histórico del Derecho penal de la época en que surge “De los delitos y de las penas” lleva al conocimiento de castigos públicos ilimitados, excesivamente crueles, que trataban de mostrar la ira del monarca lesionado por la ofensa. Desde ese contexto, la reacción estatal solía sobrepasar y mucho cualquier relación de proporcionalidad con el delito e incluía desde mutilaciones, lesiones corporales, trabajos forzados o penas de vergüenza pública, hasta la pena capital¹⁵. Aún respecto al sistema punitivo pre-clásico, es importante añadir que las consecuencias del delito no se limitaban a su autor, sino que alcanzaban a menudo también a sus familiares; las penas podían ser impuestas por encima de la gravedad prevista en la legislación, de acuerdo con el interés del magistrado; era aceptable y común la aplicación de penas diferentes según la clase social del condenado, tocando, claro está, a las más bajas, penas más graves que a los nobles y castigándose con más rigor los delitos de naturaleza política (“*lesa majestad divina y humana*”), que amenazaban la estabilidad del Estado y la preservación del poder del soberano¹⁶.

del delincuente y cambiará la posición del ciudadano, que si en los tiempos del liberalismo estaba temeroso del Estado, en los tiempos del intervencionismo estará temeroso de los sujetos peligrosos.

¹⁵ “El uso amplísimo de la pena de muerte, que incluso podía alcanzar delitos de escasa gravedad, llevaba aparejada la necesidad de establecer, para tratar de ajustar la pena a la gravedad real de la infracción, variadas formas de ejecución reguladas con minucioso detalle, con lo que esa crueldad llegaba a alcanzar un alto nivel de refinamiento”. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, “La más alta preocupación del príncipe: notas para una introducción a *Dei delitti e delle pene*”, en *EPC*, nº. 31, 2011, p. 138.

¹⁶ ANTÓN ONECA, José/ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho penal*, 1949, pp. 44-46. Al respecto, como señala TOMÁS Y VALIENTE, en una sociedad estamental, las personas preminentes, así como las mujeres embarazadas y los menores de 14 años, normalmente estaban exentos de tortura, siempre que la acusación no fuera relativa a un crimen de lesa majestad divina o humana. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España* (1973), 2000, pp. 106 y 107.

En efecto, los caminos que llevaban a nuevos sistemas penales partían de debates que giraban en torno a la creación de nuevas premisas punitivas, lo que promovería necesariamente el fin de la concepción divina del Estado y del origen del poder de su soberano, así como la quiebra de la relación entre pena y pecado, punición y expiación, limitando la severidad y la crueldad de la misma, descalificando las confesiones por tortura como prueba, orientando la determinación de leyes claras y objetivas, estableciendo una proporción entre el acto ilegal realizado y la consecuencia jurídica correspondiente al mismo, así como la igualdad entre el tratamiento jurídico dispensado a todos los ciudadanos, independientemente de la clase social a la cual pertenecían¹⁷.

Porque hasta entonces, la necesidad de control del crimen a través de medidas *a posteriori*, junto con el interés en reiterar los valores morales del grupo dominante, favorecían la imposición de reacciones estatales meramente intimidatorias, que exponían públicamente (y literalmente) la monstruosa fuerza del Estado, la cual desembocaba en el uso del “*terror como estrategia de gobierno*”¹⁸.

Frente a esa atmósfera es evidente que se necesitaban nuevos paradigmas y nuevos horizontes. Y, de hecho, los excesos en este período histórico condujeron a discusiones filosóficas importantes, ya a mediados del siglo XVIII, respecto de la

¹⁷ “El punto de partida con el que choca el pensamiento ilustrado, es la identificación entre el estado y el Rey y la afirmación del origen divino de la soberanía. Todo lo cual traía como consecuencia la concentración de poder en el Monarca, en el soberano. Esta situación en el ámbito penal conducía lógicamente a una superposición de las ideas de delito y pecado y a un proceso penal encaminado a la obtención de la confesión del reo”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, 2012, p. 32.

¹⁸ “Esta es la raíz por la cual todas las ejecuciones a penas capitales, las llevadas a cabo por la Inquisición y las llevadas a cabo por la justicia real –civil digamos– se llevan a cabo de manera pública. Con la mayor publicidad posible, como una fiesta, como un acto teatral, con procesiones, anuncios, bandos, trompetas, en patíbulos bien visibles... Para aprender. El terror como estrategia de gobierno. La ley penal y su ejecución como política”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “El Derecho Penal como instrumento de gobierno”, en *Estudis*, nº. 22, 1996, p. 256. Además, es importante señalar que, como pone de manifiesto FOUCAULT, aunque las penas de destierro (así como la multa) fuesen más frecuentes que los castigos físicos, normalmente eran precedidas de algún acto de suplicio. Al respecto, dice el autor: “Los suplicios propiamente dichos no constituían, ni mucho menos, las penas más frecuentes. Sin duda, a nuestros ojos de hoy, la proporción de los veredictos de muerte, en la penalidad de la edad clásica, puede parecer importante [...]. De todos modos, la mayor parte de las sentencias incluía el destierro o la multa [...]. Ahora bien, gran parte de estas penas no corporales iban acompañadas, a título accesorio, de penas que llevaban en sí una dimensión de suplicio [...]. Tanto en las grandes sentencias de muerte solemnes como en esta forma anexa, el suplicio manifestaba la parte significativa que tenía la penalidad: toda pena un tanto sería debía llevar consigo algo del suplicio”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), trad. Aurelio Garzón del Camino, 1ª. ed., Madrid, Biblioteca nueva, 2012, p. 42.

finalidad de la pena y los límites a la punición, de la concepción del Estado y del origen del poder del soberano

En estos debates destacaron dos corrientes que, aunque antagónicas y a pesar de sus defectos, buscaban la racionalización y la humanización del sistema penal y de las consecuencias jurídicas del delito¹⁹: las teorías absolutas y las teorías relativas, que posteriormente se subdividirían en dos.

Inmerso en ese contexto, BECCARIA –que, como pone de manifiesto KINDHÄUSER, no se dirigía al delincuente ni a aquéllos que estaban protegidos por la ley, sino al detentador del poder²⁰– defendía que el derecho del Estado a castigar estaba fundado en la necesidad de protección del interés público de “particulares usurpaciones” y creía que era necesario que esta prerrogativa estuviera necesariamente vinculada a la concesión del máximo de libertad posible a los ciudadanos por él protegidos, de modo que afirmaba que “todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico”²¹. Dicho de otra forma, la fuerza del Estado debería ser aplicada sólo cuando fuera estrictamente necesaria, en la medida en que pudiera preservar “el vínculo

¹⁹ “Como quiera que sea, los esfuerzos convergieron hacia el mismo fin: oponer a la brutal tradición del empirismo y de la fuerza los inalienables derechos del individuo dotado de razón y de inteligencia. Este era despreciado, sacrificado, entregado a la hoguera, a la rueda, a la horca, al descuartizamiento, a la tortura – Se quiso erigirlo de su decadencia, tornarle respetada su dignidad de ser libre y pensante, la integridad de su persona”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, trad. Henrique de Carvalho, Lisboa, Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira, 1915, p. 22. (La traducción es nuestra).

²⁰ “Beccaria no dirige sus armas argumentativas al hechor criminal, sino al detentador del poder. A él no le interesa, en primera línea, el individuo a ser resguardado frente a la pena, sino la realización de la mayor felicidad terrenal posible para el mayor número posible de miembros de una sociedad, por la vía de una legislación ilustrada”. KINDHÄUSER, Urs, “Cómo se evitan los delitos. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria”, trad. Juan Pablo Mañalich R., en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 468.

²¹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, pp. 42 y 43. Y continúa el autor: “Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 43. Sin embargo, a pesar de que BECCARIA no atribuía esta idea a un tercero, la doctrina científica identifica a MONTESQUIEU como su autor.

necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad”²².

Como señala KINDHÄUSER, para BECCARIA la pena no parece estar relacionada con una teoría del delito o con análisis empíricos del origen de la criminalidad, sino que este autor parte de la idealización de un sujeto abstracto, racional, responsable del crimen, al que se le impone la pena²³. BECCARIA atribuye al origen del delito factores objetivos cuyo control por parte del Estado sería suficiente para impedir su realización. Y, por ello, sostenía que *era* “mejor evitar los delitos que castigarlos”²⁴. Para eso, entendía BECCARIA que sería necesario que las leyes fueran claras y temidas por todos, que no hubiera un trato más favorable para los sujetos de las clases dominantes, ni tampoco corrupción de la justicia y que fueran estimulados el progreso de las ciencias, la recompensa de las virtudes y la perfección de la educación²⁵.

Estas propuestas de BECCARIA resaltaban la responsabilidad del Estado en el control de la criminalidad, no sólo como respuesta al hecho delictivo ya cometido, sino antes mismo de su comisión, a fin de que la deseada prevención no fuera realizada sólo por medio de la pena²⁶.

²² “Y por justicia entiendo yo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 44.

²³ “Esta concepción no descansa en una teoría del delito, y tampoco toma por referencia una investigación empírica de las causas del comportamiento delictivo. [...] La concepción antropológica de Beccaria parte, más bien, de una representación abstracta del ser humano, al cual serían intrínsecas la racionalidad y la sensibilidad”. KINDHÄUSER, Urs, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 467. Y continúa el autor: “Sus tesis no derivan de hallazgos criminológicos, sino que tienen carácter sócio-crítico, en el sentido de que son expresión de una crítica más o menos cifrada de la situación política de su tiempo. Las propuestas de Beccaria en cuanto a la prevención de los delitos, por ello, tienen que ser entendidas estratégicamente”. KINDHÄUSER, Urs, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 468.

²⁴ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 136.

²⁵ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, pp. 136 y ss.

²⁶ “Beccaria mira el delito, en el fondo, como un infortunio evitable para el hechor, para la víctima y para la sociedad. [...] Formulado al modo de una tesis, uno podría que decir que el causante del delito es el propio Estado; a éste resulta imputable el infortunio. Por ello, para Beccaria la profilaxis criminal exige nada menos que una modificación de las propias bases de las circunstancias políticas y sociales, y la transformación del despotismo en una república”. KINDHÄUSER, Urs, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 468.

El modelo preventivo se nota claramente en el discurso de BECCARIA en el momento en que el autor admite la punición de acuerdo con la “*utilidad de la mayoría*”²⁷. Al respecto, es importante subrayar que, como señala la doctrina, BECCARIA no parece motivado tanto por la búsqueda de un trato más humanizado del sujeto, en cuanto ser individual, como de la utilidad del mismo frente a la preservación del equilibrio y del contrato sociales²⁸. Por lo dicho, se puede comprender, por fin, que la imposición de una pena severa, si se entiende como necesaria para la preservación del conjunto, estaría justificada, así como podría ser considerada injusta en caso de que fuera disfuncional para la cohesión del grupo²⁹.

Para construir ese nuevo Derecho penal, basado en la pena preventiva, BECCARIA entendía que las leyes, por crear una obligación para el individuo y entre los individuos frente al Estado, debían ser fácilmente comprensibles por el ciudadano común³⁰. Por lo dicho, para que el individuo pudiera ser responsabilizado criminalmente, sería necesario que el Estado, objetiva y claramente, informase de las conductas prohibidas, así como de las consecuencias jurídicas de las mismas. De esa forma, la pena sería temida³¹.

²⁷ “Obsérvese que la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra *fuerza*, antes bien, aquélla es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 44.

²⁸ “Sin embargo, su lucha por penas más benignas no puede comprenderse como una demanda de fortalecimiento de los derechos individuales frente a la acción del Estado, que signifique el establecimiento de límites o barreras infranqueables a la potestad punitiva estatal. En efecto, el centro de atención de su análisis no está puesto en el individuo que sufre la pena, sino en su utilidad y eficacia para el mantenimiento del vínculo social entre los hombres y el bien común”. HORVITZ LENNON, María Inés, “Dulzura de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 312. En el mismo sentido, KINDHÄUSER, Urs, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 468.

²⁹ “Justicia y necesidad preventiva son conceptos equivalentes para el autor italiano, pues los preceptos de justicia son derivativos de un único fin consistente en la maximización de los intereses del mayor número de miembros de la comunidad. [...] Desde esta perspectiva, las penas crueles pueden llegar a ser «injustas por naturaleza», porque resultarían disfuncionales al fin de preservación del vínculo social que previene la anarquía o el estado de naturaleza”. HORVITZ LENNON, María Inés, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 313.

³⁰ “¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 137. Y continúa el autor: “Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, pp. 137 y 138.

³¹ “El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 138.

Así, proponía BECCARIA que sólo las leyes determinasen qué conductas serían consideradas delitos y qué penas les corresponderían, las cuales deberían ser establecidas por el legislador, con transparencia, lo que eliminaría la prerrogativa del juez de la Monarquía Absoluta de imponer castigos fuera de los parámetros determinados por la ley, disminuyendo el ámbito de su discrecionalidad³². Y además señalaba que, en esos casos, tan comunes en esa época, en que se aplicaba una pena que superaba el límite legal, se estaría imponiendo un castigo con una punición adicional³³.

Al respecto, la proporcionalidad a la que se refiere BECCARIA también tendría una finalidad preventiva, pues si la pena es la misma para delitos de gravedades distintas, no funcionaría como un freno a la realización del más grave. De lo que se deduce que, si la punición siempre es impuesta en su contenido extremo, el delincuente elegirá la acción cuyo resultado le ofrezca mayor ventaja³⁴.

En la disminución de la criminalidad también influiría para BECCARIA la certeza de la punición, por provocar la sensación de reacción jurídica al delito, sedimentando la prevención pretendida, pues si la pena amenaza y no se realiza, el sujeto no la toma en serio³⁵. Según el autor, en combinación con ello, la velocidad de la respuesta penal proporcionaría una mayor intimidación que la mera amenaza a través de puniciones y tormentos más severos que quizás no llegaran a aplicarse³⁶.

³² “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 44. Y continúa el autor: “El soberano, que representa a la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación, y otra por el acusado, que la niega”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 45.

³³ “Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 45.

³⁴ “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 54.

³⁵ “La impunidad de los delitos estaría demostrando la ineficacia preventiva de la pena asociada a ellos [...]”. HORVITZ LENNON, María Inés, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 315.

³⁶ “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que

Sin embargo, no obstante su interés en la promoción de un sistema penal humanitario, el autor admitía algunas situaciones contra las cuales el Estado debería reaccionar con sus más duras armas. Para BECCARIA, se podría imponer la pena de muerte en dos clases de situaciones: en caso de guerra, cuando fuera de “interés para la seguridad de la nación”³⁷ –lo que configuraría un estado de excepción, como pone de manifiesto MAÑALICH³⁸– y, en los tiempos de paz, cuando fuera el “único freno” a la delincuencia³⁹. Lo que, como sostiene MAÑALICH, funcionaría como una “operación de prevención general mediante una intervención preventivo-especial” en el caso de aplicación de la pena contra el enemigo político⁴⁰.

Por lo dicho, SOTO PIÑEIRO identifica en el discurso de BECCARIA la orientación hacia un modelo preventivo especial negativo (“impedir al reo causar nuevos daños”⁴¹) en combinación con la prevención general intimidatoria (“retraer a los demás de la comisión de otros iguales”⁴²)⁴³. Pero SOTO PIÑEIRO continúa su análisis. Y basándose en que BECCARIA hace referencias constantes a la proporcionalidad, buscando una “pena pública, mínima necesaria, construida sobre

para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad [...]”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 96.

³⁷ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 99.

³⁸ “Beccaria parece asumir, sin embargo, que la improbabilidad de tal situación extraordinaria –que es, técnicamente, la situación de un estado de excepción– vuelve innecesaria su consideración pormenorizada”. MAÑALICH, Juan Pablo, “Beccaria: la pena como exclusión. «Destierros y confiscaciones» y «De la pena de muerte» en *De los delitos y de las penas*”, en Kindhäuser, Urs/ Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo, B de F, 2011, p. 269.

³⁹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 100.

⁴⁰ MAÑALICH, Juan Pablo, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 270.

⁴¹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 64.

⁴² BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), 2014, p. 64.

⁴³ “Hoy, en la medida en que se vuelve a reivindicar la necesidad de seguridades cognitivas, la noción de prevención especial negativa vuelve a cobrar relevancia. Y después tenemos la prevención general negativa sobre la base de la impresión que causa el sufrimiento que representa en los demás. Beccaria, a lo largo de su obra, no ahonda, al modo de Feuerbach, en qué es lo que produciría esa impresión: si es el grado de aflicción que va a sufrir el condenado en virtud de la pena, o si serán otros factores los que la provocan. La referencia al dolor sobre el cuerpo pareciera indicar que la función o que la idea de impresión está en el marco de la lógica de la amenaza por el grado de mal causado que representa la pena”. SOTO PIÑEIRO, Miguel, “Fin de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 130.

la dañosidad social”⁴⁴, SOTO se inclina más por afirmar la existencia de raíces retributivas en su discurso⁴⁵. En nuestra opinión, sin embargo, considerando la insistencia de BECCARIA en la idea de la prevención mediante la pena, es más probable que los elementos mencionados por SOTO PIÑEIRO tengan su origen en un error, que en un deseo real del autor de promover la retribución –o que simplemente las fronteras entre prevención y retribución quizás no sean tan evidentes como se acostumbra imaginar-. Una opinión similar parece tener, por lo demás, BUENO ARÚS, quien afirma que “[e]n ningún pasaje de su obra hace BECCARIA referencia a la finalidad retributiva”⁴⁶, sino a que la pena conlleva una función motivadora⁴⁷ vinculada a la utilidad, a la justicia y a la necesidad, mientras trata de alejar la moral de los elementos que la fundamentan⁴⁸.

Sea como sea, no se puede negar la relevancia de BECCARIA para el Derecho penal democrático y para la preservación de las libertades, pues todos los recortes al poder que persigue con sus críticas han sido esenciales para la orientación del Derecho penal hacia la humanización del castigo y la búsqueda de una sociedad más equilibrada, menos desigual y más feliz, tal y como imaginó este autor.

Desde luego, estamos de acuerdo con GONZÁLEZ GUITIÁN cuando sostiene que BECCARIA tiene, sobre todo, el mérito de observar el sistema penal desde el punto de vista extremadamente realista del control social, que naturalmente contiene en

⁴⁴ SOTO PIÑEIRO, Miguel, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 133.

⁴⁵ “Luego, salvando las exigencias y las condiciones de su tiempo, creo que la mejor lectura de Beccaria es la que puede hacerse desde una percepción retributiva. Y creo también que en una percepción retributiva es donde mejor justificación puede encontrar el alegato minimalista que subyace al discurso. Pena pública, mínima necesaria, construida sobre la dañosidad social. Si la norma debe ser democrática si es nuestra norma, todas esas exigencias están implícitas en el presupuesto de la retribución”. SOTO PIÑEIRO, Miguel, en *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, 2011, p. 133.

⁴⁶ BUENO ARÚS, Francisco, en *CPC*, 1989, p. 306.

⁴⁷ “La pena preventiva cumple una *función motivadora*: desde el contrato social, «Se requerían ciertos motivos sensibles que bastaran para que el ánimo despótico de cada hombre desistiera de hundir una vez más en el antiguo caos a las leyes de la sociedad [...]»”. BUENO ARÚS, Francisco, en *CPC*, 1989, pp. 305 y 306.

⁴⁸ “Prevención general y no retribución o corrección, como finalidad de las penas. En ningún pasaje de su obra hace BECCARIA referencia a la finalidad retributiva, característica de la Escuela clásica, que le sigue en el tiempo. Por el contrario, hemos visto que rechaza una idea moral de la justicia como fundamento del Derecho penal y la intención del delincuente como medida de la pena, rechaza también que el fin de las penas sea «el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni tampoco el de dejar sin efecto un delito ya cometido» (§ XII), y acepta la proporcionalidad como elemento integrante de la utilidad y de la necesidad y no de la justicia intrínseca”. BUENO ARÚS, Francisco, en *CPC*, 1989, p. 306.

su esencia y en sus entrelineas elementos e intenciones políticas⁴⁹. En efecto, desde el momento en que pone de manifiesto la necesidad de leyes claras que deberían ser objetivamente codificadas, para que el ciudadano común pudiera tener conciencia de lo prohibido, da el primer paso en dirección a una esencial transformación del sistema penal como conjunto⁵⁰.

No queremos adelantar los análisis que serán desarrollados en el capítulo tercero, pero, en este punto, es importante poner de manifiesto que dichas transformaciones, finalmente, terminaron repartiendo nuevos roles tanto para los agentes del poder público, como para el propio ciudadano, que entonces pasa a ser utilitariamente encuadrado dentro de determinados fines valorados positivamente por los agentes económicos.

Hay que señalar en todo caso que no obstante la optimización del poder, conseguida por medio de su distribución entre nuevos personajes, ésta no necesariamente y verdaderamente puso al pueblo en las fuerzas decisivas, aunque se trate, hasta los tiempos actuales, de convencer a la ciudadanía de que es así efectivamente. Lo que parece más acertado es pensar que el poder que le tocaba al soberano pasa a ser gestionado por nuevos actores, miembros de las élites, que bajo el argumento del beneficio público construyen una nueva realidad política favorable al desarrollo del mercado, completamente inmersa en la lógica liberal.

Y eso precisamente porque aquellos sujetos que de alguna manera podrían verse afectados por los márgenes de actuación conferidos a la decisión soberana –y que era interesante preservar para el grupo político en el poder-, se ponen a cuestionar tal libertad y a buscar reducirla a las más mínimas partes.

⁴⁹ “El delito pasa a ser un asunto estrictamente social y el sistema penal un mecanismo de control que actúa sobre las sensaciones básicas que son placer y dolor: estableciendo una relación estrecha, infalible y proporcionada entre delito y dolor empleando «motivos sensibles» –las penas «que inmediatamente percuten en los sentidos», el sistema penal se convierte en un instrumento esencial para conducir a los ciudadanos, apelando a su razón y a sus pasiones, hacia la consecución de la felicidad pública”. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, en *EPC*, 2011, p. 166.

⁵⁰ “El primer paso para recortar el enorme arbitrio judicial era conseguir leyes sencillas y claras, que pusieran el derecho directamente al alcance de los ciudadanos, dentro de la reivindicación, típica del movimiento ilustrado, de la codificación. [...] Pero también se fue abriendo paso la idea de que, en aquellas circunstancias, la codificación era algo más que la organización y la simplificación del material legislativo existente: debía suponer una modificación sustancial del derecho”. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, en *EPC*, 2011, p. 141.

Desde luego, como acertadamente pone de manifiesto AMBOS, para parte de la doctrina europea, bastante crítica con algunos posicionamientos de BECCARIA, los fines utilitarios de la pena promovidos por él llevan en sus entrelineas una cierta carga de intolerancia. Quizás porque transforma al Estado en un ente aún más poderoso, capaz de asegurar para sí mismo el poder bajo la justificación del interés social. Sobre todo porque al legitimar al Derecho penal a través de su necesidad, no se está limitando su fuerza, sino autorizando la misma dentro de determinados requisitos.

Y ciertamente no cabe ignorar que BECCARIA no sólo defendió, quizás no del todo conscientemente, una cierta libertad de intervención en favor del detentador del poder, eso sí, bajo la premisa del interés de la sociedad y no ya de la voluntad de Dios (lo que ha de valorarse positivamente), sino que también legitimó cierta flexibilidad de parámetros punitivos de acuerdo con el interés y con las características del Estado⁵¹.

De lo que se puede deducir que, si es necesario punir, sea para la protección de la sociedad, para la seguridad de los individuos, para la preservación de la raza o de la identidad nacional, para el mantenimiento del orden constitucional o para garantizar el *status quo*, entonces el uso de la fuerza parece permitido.

Como veremos en seguida, las corrientes que siguen a BECCARIA, en cuanto a la finalidad preventiva del castigo, llevando la intención utilitaria a niveles extremos y sobre todo ignorando muchas de sus orientaciones respecto al control de la intervención estatal, se desdoblarán en modelos punitivos muy alejados de los fines humanitarios que se suele atribuir a los filósofos ilustrados. Nos dedicaremos a

⁵¹ “El contrato social «inevitable» de Beccaria, del cual nadie puede zafarse, conduce a la inevitabilidad y necesidad del castigo, y con ello a un Derecho penal aún más poderoso. La fundamentación utilitarista del Derecho penal de Beccaria conduce a que los principios postulados por él no fueran discutidos «como límites absolutos de todo Derecho penal, sino...como justificación de la finalidad del castigo»; se trata entonces de fundamentación (legitimación), no de limitación del Derecho penal. Además, el planteamiento utilitarista es intercambiable: sirve no sólo al Derecho penal racional y liberal, sino a todas las formas de Derecho penal, desde el liberal-humanista hasta el inhumano-brutal y el poder de turno puede decidir por sí mismo, gracias a la «cláusula general del daño social, que puede llenarse arbitrariamente», cuánto y qué Derecho penal se requiere para la conservación del poder. De este modo, el Estado de Derecho jurídico-penal de Beccaria se evidencia como un «Estado de seguridad legalmente reforzado y con contenidos cambiantes». El Derecho penal de Beccaria puede ser todo, sobre todo secular, pero «humano no es». AMBOS, Kai, “Del tormento. Cesare Beccaria y la tortura: comentarios críticos desde una perspectiva actual”, trad. Luis Emilio Rojas, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 158.

analizar este tema en los próximos epígrafes, tras el estudio de la corriente retributiva, mientras que de las relaciones de poder que se ocultaban detrás de las bonitas intenciones humanitarias en este tiempo nos ocuparemos en el capítulo tercero.

II. KANT, HEGEL Y LA RETRIBUCIÓN

Las ideas de humanización del sistema penal nacidas en la Ilustración se desdoblaron en entendimientos diversos acerca del hombre y de su relación con el Estado, sobre todo bajo las propuestas desarrolladas de un lado por las teorías preventivas, cercanas al pensamiento utilitarista, y de otro por las teorías retribucionistas, que consideraban la respuesta penal por su contenido y eficacia éticos. Éstas, en respuestas al pragmatismo de aquéllas, tuvieron a KANT y a HEGEL como sus principales fundadores y agregaron al debate sobre los fines de la pena importantes puntos de vista, que han sido tenidos en consideración por la doctrina hasta la actualidad.

Sin embargo, antes de iniciar cualquier análisis respecto de las teorías absolutas parece necesario poner en relieve lo más evidente y más polémico de la discusión: que la retribución guarda en su esencia profundas raíces de origen primitivo, de un tiempo en el que la pena estaba plenamente asentada sobre la idea de venganza. Ésta probablemente debe haber representado el primer movimiento en dirección a la realización de la justicia⁵², incluso anterior a la propia idea del Estado como un ente organizador de las relaciones sociales⁵³.

Fueron aquellas sociedades tan influenciadas por el temor a los dioses y por el respeto a sus prohibiciones las que, buscando protección divina para su propio

⁵² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), trad. Quintiliano Saldaña, T. I, 4ª. ed., Madrid, Reus, 1999, p. 19.

⁵³ “La pena es anterior a la justicia organizada, al Estado”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 15 (la traducción es nuestra). En el mismo sentido, pone de manifiesto TORRE: “La vida de los primitivos grupos humanos estaba regida por una serie de normas consuetudinarias, que presentaban en forma indiferenciada aspectos que hoy llamamos jurídicos, morales, religiosos y aun usos sociales. Existía, pues, un régimen jurídico rudimentario [...]. Estas normas no eran impuestas por ningún aparato coercitivo organizado, puesto que no se había producido todavía la individualización del poder, estando garantizado su cumplimiento por la reacción colectiva del grupo”. TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 6ª. ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975, p. 407.

mantenimiento, pasaron a ejercer poder de control y eliminación de los que, consciente o inconscientemente, transgredían las reglas de convivencia o perjudicaban, de alguna forma, la realización de la voluntad de las divinidades⁵⁴. Esas reglas, apoyadas en la moral, confundían la justicia humana con la sagrada⁵⁵ y eran aplicadas tanto contra miembros de otras tribus, en caso de guerra, como también contra aquéllos que formaban parte del propio clan⁵⁶.

Como recuerda JIMÉNEZ DE ASÚA, la acción contra un individuo era percibida como una agresión al grupo al que pertenecía y la reacción a tal agresión constituía una actitud igualmente colectiva⁵⁷. Ello facilitaba la realización de la compensación por el delito a través de la venganza privada –“la fraternidad de la sangre”, mencionada por PRINS–, lo que extendía el conflicto por generaciones de guerras entre familias, a favor de la satisfacción de los sentimientos de venganza de ambas partes⁵⁸.

⁵⁴ “Se es responsable por el mero efecto dañoso y no importa que el sujeto haya quebrantado las prohibiciones consciente o inconscientemente. El tabú violado exige la expiación”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 2ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1956, p. 236. Entendemos que el temor a los dioses deriva de la asociación entre las fuerzas de la naturaleza y las divinidades que realiza el hombre primitivo y de su necesidad de controlar los recursos naturales a fin de garantizar su subsistencia, a través de la adulación o persuasión de esos dioses. Como pone de manifiesto PARMELEE, “(p)osiblemente, desde el principio de su curso sobre este planeta, el hombre comienza a pensar en la naturaleza y en las causas de su medio ambiente y de él mismo. Sus pensamientos no fueron necesariamente con fines de especulaciones filosóficas, y sí, por una razón práctica, a saber, porque él necesitaba la influencia de las fuerzas de la naturaleza para su propio beneficio. Como resultados de estos pensamientos, desarrolló las ideas animísticas en razón fundamental de todas las creencias y prácticas religiosas y de magia.[...] Desde luego, es de interés del hombre influenciar esos llamados entes espirituales, para regular los negocios del universo, por lo menos en aquella parte del universo a él concerniente, de tal manera que promueva su seguridad y felicidad”. PARMELEE, Maurice, *Criminología* (1918), trad. Julio-César Cerdeiras, Madrid, Reus, 2004, pp. 15 y 16.

⁵⁵ “En la unión social prehistórica, que se funda en la comunidad de sangre y aún no distingue el mandamiento de Dios del estatuto de los hombres, el *crimen* es el atentado contra la divinidad, y la *pena* la eliminación o expulsión (*Ausstossung*) de los atentadores a la asociación cultural, si bien como SACRIFICIO A LA DIVINIDAD, en primer término”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. I, 1999, p. 19. Las mayúsculas y la cursiva pertenecen al original.

⁵⁶ Según PRINS, en ese periodo era la voluntad de seguir a la mayoría lo que hacía al sujeto actuar de acuerdo con la costumbre. Aquéllos que no se comportaban dentro del patrón terminaban perdiendo la protección del grupo. De acuerdo con este autor, la reacción contra el mal derivado de la violación de la costumbre es la venganza privada. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, pp. 15 y 16.

⁵⁷ “La primitiva reacción es eminentemente colectiva, por lo mismo que la conciencia del yo no existe aún, contra el miembro que ha transgredido la convivencia social”, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 1956, p. 235.

⁵⁸ PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, pp. 16 y 17. En el mismo sentido, PARMELEE: “Entre los pueblos primitivos, y también algunas veces entre los pueblos bárbaros, los parientes de los delincuentes eran castigados. Ello era debido al principio de la responsabilidad colectiva por el delito, de acuerdo con el cual la familia del ofensor y algunas veces una gran parte del grupo del que

No obstante, fue la asociación del castigo a la idea de venganza lo que extendió el concepto a la ley de Tali3n⁵⁹.

En la b3squeda de una orientaci3n acerca de cu3nto punir, tal modelo surge como un par3metro limitador, pues el mal que se caus3 se tendr3a de vuelta, en la misma medida⁶⁰, para que ninguna parte se sintiera lesionada en la respuesta p3blica al hecho realizado. Es precisamente dicho concepto el que, introducido en las propuestas ilustradas, terminaría renovado por KANT, quien le atribuye la funci3n de referente proporcionador de la pena absoluta.

A. KANT

En efecto, buscando alcanzar la realizaci3n de la justicia por medio del castigo, KANT pone de manifiesto que la intensidad de la pena deber3a determinarse por los referidos par3metros, pues desde la equivalencia entre comportamiento y reacci3n penal, la pena deber3a proporcionar al responsable un sufrimiento aproximado al causado por 3l, para que, de este modo, pudiera sentir la gravedad del mal que provoc3. L3nea de pensamiento que se sostiene cuando dice el autor: “cualquier da3o inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo”⁶¹.

En esta afirmaci3n, adem3s del contenido talional presente en su esencia, se nota la existencia no s3lo de elementos morales en el pensamiento kantiano, sino tambi3n la expectativa de orientaci3n del hombre al comportamiento deseado, pues

proven3a eran considerados responsables de sus ofensas”. PARMELEE, Maurice, *Criminolog3a* (1918), 2004, p. 358.

⁵⁹ GRAMATICA, Filippo, *Principios de derecho penal subjetivo* (1933), trads. Juan del Rosal/ V3ctor Conde, Madrid, Reus, 2003, p. 36.

⁶⁰ Aunque s3lo simb3licamente, como se3ala JIM3NEZ DE AS3A al recordar que era posible la punici3n de los siervos en lugar de los se3ores. JIM3NEZ DE AS3A, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 1956, p. 239.

⁶¹ “Pero 3cu3l es el tipo y el grado de castigo que la justicia p3blica adopta como principio y como patr3n? Ninguno m3s que el principio de igualdad (en la posici3n del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse m3s hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier da3o inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo, si le pegas, te pegas a ti mismo, si le matas, te matas a ti mismo”. KANT, Immanuel, *La metaf3sica de las Costumbres* (1797), trads. Adela Cortina Orts/ Jes3s Conill Sancho, reimpresi3n de la 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 167.

el propio autor demuestra creer en la capacidad del individuo de decidir entre la legalidad y la ilegalidad de sus acciones.

Estos planteamientos se basan, precisamente, en el racionalismo, corriente cuestionadora de los temas relativos al hombre y a sus intereses, a su papel en el mundo y en la sociedad, que introdujo la idea de la capacidad del individuo y de su autonomía en cuanto a la realización de actos que entienda adecuados y de acuerdo con “su propia legislación”, es decir, con sus propios valores morales⁶². Hay que tener en cuenta que KANT entiende al hombre como un ser racional, dotado del derecho y de las posibilidades de autodeterminarse y de ejercer su voluntad libremente; el dueño del discernimiento necesario para, frente a los caminos del bien y del mal, decidir lo que más le conviene⁶³. Y, sin adelantarnos en nuestro análisis, es precisamente éste uno de los puntos principales que entrarán en conflicto con los postulados de los positivistas, partidarios de la determinación natural del sujeto y, consecuentemente, de la inexistencia del libre albedrío, como veremos más adelante.

En todo caso, KANT sostiene que la punición representa la realización de la justicia lesionada a través del mal uso de la libertad de elección por parte del sujeto, expresada en el no cumplimiento de la ley, entendida ésta como un imperativo categórico⁶⁴. Y partiendo de las expectativas de comportamiento moral, entiende

⁶² “Así sucedió con la retribución hasta muy avanzado el siglo XVIII, con su aplicación del racionalismo de los tiempos anteriores a los problemas del hombre y de su obrar, que hizo factible concebir al ser humano como, constitutiva y genuinamente, ser racional y, por ello, autónomo, o sea, que en cuanto tal, es capaz de hacer y hace sólo de los dictados de su razón como ley general de conducta, el motivo de sus actos, y por consiguiente es libre y responsable de éstos y no debe ser sometido a las imposiciones de otro, es decir, tomado, empleado como medio para fines ajenos”. DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel, “La retribución penal”, en *DeC*, año IV, nº. 14, 2002, p. 23. Además, dice Kant: “Se veía al hombre vinculado a la ley a través de su deber, pero a nadie se le ocurrió que se hallaba sometido sólo a su propia y sin embargo universal legislación, y que sólo está obligado a obrar en conformidad con su propia voluntad, si bien ésta legisla universalmente según el fin de la naturaleza”. KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (1785), trad. Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 145. La cursiva pertenece al original.

⁶³ “La voluntad es pensada como una capacidad para que uno se autodetermine a obrar conforme a la representación de ciertas leyes. Y una facultad así sólo puede encontrarse entre los seres racionales. Ahora bien, fin es lo que sirve a la voluntad como fundamento objetivo de su autodeterminación y, cuando dicho fin es dado por la mera razón, ha de valer igualmente para todo ser racional”. KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (1785), trad. Roberto R. Aramayo, 2012, p. 136. La cursiva pertenece al original.

⁶⁴ “En este concepto de libertad positivo (en sentido práctico) se fundamentan leyes prácticas incondicionadas, que se denominan morales; estas leyes, para nosotros que tenemos un arbitrio afectado sensiblemente y, por tanto, no se adecua por sí mismo a la voluntad pura, sino que la

que la ofensa demanda obligatoriamente la exigencia de justicia absoluta⁶⁵, de la cual la propia sociedad no podría prescindir, para que no fuera responsabilizada como cómplice del hecho lesivo.

En suma, la pena sería irrenunciable “pues si parece la justicia, entonces no hay más cualquier valor que los hombres vivan sobre la tierra”⁶⁶, de lo que se deduce que, para KANT, la pena es una “necesidad ética”⁶⁷; es una respuesta, por parte del Estado, contra quien ha violado una ley universal, es decir, contra el sujeto que realizó un hecho valorado negativamente por la sociedad. Por lo tanto, parece evidente que, partiendo de la capacidad de elección del individuo, considerado capaz de autodeterminarse, y siendo la decisión de romper con el mandato legal una acción racional, el castigo que le corresponde se hace necesario por razón de la mera retribución, alejada de cualquier otra finalidad social.

KANT utiliza su conocido ejemplo de la isla no sólo para aclarar que la sociedad no puede prescindir de la respuesta estatal al hecho ilegal, sino también para determinar que la misma se justifica por su merecimiento⁶⁸. Sin embargo, es importante poner de relieve que, como señala JAKOBS, la cuestión primordial que quiere sostener aquel autor en el referido ejemplo es que, como la respuesta estatal

contradice a menudo, son *imperativos* (mandatos o prohibiciones) y ciertamente categóricos (incondicionados), en lo cual se distinguen de los técnicos (de las prescripciones del arte), que solo mandan de modo condicionado; según estas leyes, determinadas acciones están *permitidas* o *no permitidas*, es decir, son moralmente posibles o imposibles [...]”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 27 (la cursiva pertenece al original).

⁶⁵ “La tarea de realizar la justicia absoluta se considera hoy un cometido moral o religioso, pero no de un Estado como el actual, que quiere mantener deslindados los campos de la moral y el derecho porque no admite que la ética o la religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico”. DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”, en *RF*, V. 67, 2011, p. 138.

⁶⁶ KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 167. Respecto de dichos planteamientos acerca de la justicia, explica FEIJOO SÁNCHEZ: “Kant es especialmente crítico con teorías utilitaristas como las de Beccaria, [...], que pretendían abolir la pena de muerte argumentando que el condenado podía prestar todavía servicios útiles a la sociedad [...] a cambio de librarse de la pena de muerte. El filósofo alemán opina, en sentido contrario, que no existe motivo alguno que pueda evitar que se establezca la justicia, y renunciar a imponer una pena al culpable de un delito es renunciar a la justicia”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Montevideo, B de F, 2014, pp. 17 y 18.

⁶⁷ DURÁN MIGLIARDI, Mario, en *RF*, 2011, p. 132.

⁶⁸ “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, pp. 168 y 169.

surge de la lesión a una norma de validez universal, la retribución no simplemente autoriza el castigo, sino que fundamenta el *deber* de castigar⁶⁹.

Interesante al respecto resulta la aportación de RADBRUCH, en cuya opinión, cuando KANT defiende la obligatoriedad de la punición para que “el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo”⁷⁰, no utiliza el término “pueblo” en el sentido de un conjunto de individuos, sino como “sustrato de un valor supra individual original que trasciende en mucho los intereses individuales de los ciudadanos”⁷¹. Por lo que parece, en realidad ese “valor supraindividual” se proyectaría en un grado de relevancia aún mayor que la propia voluntad colectiva, lo que reitera el carácter moral del reproche a la renuncia de la pena.

En este punto conviene destacar, además, que la racionalidad llevó a KANT a defender que el hombre es un fin en sí mismo⁷² y a rechazar cualquier idea acerca de su instrumentalización en favor de otros fines u otras voluntades que no sean la suya, marcando tempranamente un contrapunto al modelo preventivo y prediciendo ya el riesgo que presentaba ese modelo para los derechos y la dignidad del delincuente⁷³. KANT excluía además la posibilidad de que se extrajera de la pena algún provecho, no sólo en relación a lo que podría ser conveniente para la

⁶⁹ “La teoría que se deduce del ejemplo de la isla es prácticamente trivial. KANT parte aquí, como siempre le sucede con el delito, de la infracción de una norma de validez *universal*, en concreto, de la prohibición del homicidio arbitrario; ulteriormente supone, como muestra la expresión «lesión de la justicia», que la pena no puede ser sustituida. En esa situación lo que viene a decir la teoría del ejemplo de la isla es que una sociedad civil no debe disolverse antes de haber terminado sus deberes”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá/ Bernardo Feijoo Sánchez, 1ª. ed., Navarra, Civitas, 2006, pp. 101 y 102. Y continúa el autor: “El problema no consiste, pues, en si una sociedad civil puede lícitamente disolverse antes de haber cumplido con sus deberes –ello no podría suceder con independencia de que se trate de un deber de retribuir o de castigar preventivamente en la medida que se trate de normas de validez universal y de reacciones al delito que carecen de alternativas– sino en si la retribución *per se* fundamenta un deber de castigar y no sólo otorga una autorización para el castigo”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 102.

⁷⁰ KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 169.

⁷¹ “De repente, inesperadamente, surge aquí este «pueblo», por primera vez, no como simple suma de individuos empíricos, sino como sustrato de un valor supra individual original que trasciende en mucho los intereses individuales de los ciudadanos”. RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito* (1933) y apéndice “Cinco minutos de Filosofia do direito” (1945), trad. L. Cabral de Moncada, 6ª. ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1997, pp. 315 y 316. (La traducción es nuestra).

⁷² “Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad [...]”. KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (1785), trad. Roberto R. Aramayo, 2012, p. 137.

⁷³ FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 63.

comunidad, sino tampoco respecto de lo que podría traer la pena de beneficio para el propio condenado⁷⁴. Este es el principal punto que aleja a KANT de cualquier teórico partidario de las penas preventivas e, incluso, de los propios posicionamientos de HEGEL, quien, de alguna forma, atribuye a la sanción algunos elementos que le acercan de las teorías relativas, como analizaremos en seguida.

Partiendo de las perspectivas iluministas, el fin vengativo, presente en la naturaleza de la retribución, pasa a ser entendido abstractamente como una compensación a la sociedad dañada por la ofensa en lugar de contrarrestar los perjuicios sufridos por la víctima, conexión que sólo será planteada por los neo retribucionistas, algunos siglos después de KANT y HEGEL, también discutidos *infra*.

Desde los recortes al castigo vengativo y las abstracciones relativas a los actores lesionados por el hecho, como explica GÜNTHER, los partidarios de las teorías absolutas establecen el concepto de contra-norma, es decir, la reacción del delincuente a la norma general, que trata de ignorar por medio del hecho injusto. Siguiendo estos planteamientos, KANT pone de manifiesto que la racionalidad humana debería conducir al sujeto a actuar de acuerdo con máximas universales, haciendo imposible que fueran convertidos en ley, por ello, los comportamientos indeseados que la ley trata de reprimir⁷⁵. Con ello, KANT quiere decir que si el sujeto

⁷⁴ “La *pena judicial (poena forensis)*, distinta de la *natural (poena naturalis)*, por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 166. Además, la doctrina agrega que, aunque se sepa que en muchos casos la pena puede tener como consecuencia alcanzar fines preventivos, para las teorías absolutas ése no parece ser un resultado relevante. Es decir, se rechaza cualquier beneficio debido a la punición y se reitera que la misma empieza y termina con el objetivo de realización de la justicia o la restauración de la norma. Ése es, probablemente, el principal punto de conflicto entre las teorías absolutas y las relativas. Al respecto, dicen MAURACH y ZIPF: “El hecho que estas penas puedan estar en condiciones de alcanzar ciertos fines, en cuanto efectos reflejos o secundarios; por ejemplo, la resocialización o la neutralización del delincuente, carece para ellas de interés”. MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte General*, trads. de la 7ª. ed. Jorge Bofill Genzsch/ Enrique Aimone Gibson, T. I, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, p. 86. En el mismo sentido se manifiesta DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA: “[...] de la entidad retributiva de la pena pueden sin duda derivarse consecuencias preventivas, pero no necesariamente; sólo al modo del *propio* de la tradición escolástica, como cualidad que, sin constituir la esencia de la cosa, se sigue, no siempre, de ella”. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 33.

⁷⁵ “El imperativo categórico, que solo enuncia en general lo que es obligación, reza así: ¡obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal! —Por consiguiente, debes considerar tus

no guía sus hechos de acuerdo con lo legalmente determinado, no puede esperar para sí que le sean asegurados los beneficios proporcionados por la propia norma que acaba de lesionar. Y, por lo tanto, entiende que quien no respeta la propiedad no puede esperar que la ley la proteja para él. Quien no respeta la vida, no puede tener la expectativa de que su propia vida esté protegida por la legislación.

En definitiva, la contra-norma contradice la norma: aquél que roba infringe la norma prohibitiva del robo creando una nueva norma (contranorma) permisiva del robo. Si el referido hecho, antes prohibido, ahora permitido, se concreta, toda propiedad está amenazada, o mejor dicho, el sujeto deja de tener el derecho a mantener el objeto robado en su poder, ya que cualquiera podría arrebatárselo, de la misma forma que cualquier otro puede quitárselo a éste. Al actuar de esa forma el sujeto deconstruye la idea de propiedad, incluso de lo que queda en su poder⁷⁶.

El mismo pensamiento también es elaborado por HEGEL, quien entiende necesaria la imposición de la pena para contradecir la contradicción original, dejándola sin sentido⁷⁷, argumentos de los cuales se deduce un cierto acercamiento a algunas teorías preventivo generales que tratan de legitimar el castigo por la necesidad de reafirmación de la norma lesionada o de protección del sistema.

acciones primero desde su principio subjetivo: pero puedes reconocer si ese principio puede ser también objetivamente válido solo en lo siguiente: en que, sometido por tu razón a la prueba de pensarte por medio de él a la vez como universalmente legislador, se cualifique para una tal legislación universal". KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, pp. 31 y 32. Al respecto, dice FEIJOO SÁNCHEZ: "Un ser racional no puede establecer una máxima de comportamiento distinta para sí mismo que para los demás. Cuando alguien se rige por una máxima moral es porque considera que es válida para toda la humanidad, incluyéndolo a el mismo. Por ello el *ius talionis* recogido en el Antiguo Testamento [...] concuerda con el imperativo categórico. Es racional que el delincuente asuma aquella máxima que considera que debería ser una ley general". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 19 y 20.

⁷⁶ "Significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según la ley del talión) de la seguridad de toda posible propiedad [...]". KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 168.

⁷⁷ Al respecto, dice GÜNTHER: "La pena niega la contranorma que se niega a si misma: ella es la negación de la negación. Eso se realiza en la medida en que se toma algo del autor del ilícito, o sea, en la medida en que se resuelve en el propio autor del ilícito la contradicción creada por él con su conducta". GÜNTHER, Klaus, "Crítica da Pena I", trad. Flavia Portela Püschel, en Portela Püschel, Flavia/ Rodríguez de Assis Machado, Marta (Orgs.), *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 60 (la traducción es nuestra).

B. HEGEL

Aunque clasificado como retribucionista, HEGEL se aparta de KANT en muchos aspectos, a pesar de las numerosas afinidades que conectan ambas teorías. En primer lugar, HEGEL fundamenta la retribución en la idea de la reconstrucción o la reafirmación de la norma lesionada, mientras que, como vimos, para el modelo kantiano la punición promueve la realización de la justicia⁷⁸.

Esta diferencia fundamental conduce a otra, aún más relevante. Como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ, para HEGEL la pena, al restaurar la norma lesionada anulando el delito, no requiere una medida exacta en su determinación, sino parámetros máximos y mínimos a través de los cuales la justicia debe orientarse, lo que permite la flexibilización de la respuesta punitiva, de acuerdo con el modelo y las circunstancias de cada sociedad. En otras palabras, la pena podría volverse más o menos dura según las necesidades de un momento concreto o frente a ciertos delitos que, en un determinado contexto, pudieran ser percibidos como más o menos amenazadores⁷⁹.

La referida proposición resume, con ello, las cuestiones acerca del contenido de la punición. Aunque ambos autores estuvieran de acuerdo en cuanto a la necesidad de penas proporcionales, como ya mencionamos anteriormente, KANT percibía en el talión la única forma de devolver justamente el mal causado, ni más ni menos, mientras que para HEGEL la pena y el hecho sólo deberían ser equivalentes en cuanto a su valor. Si para el primero la pena debería asumir la carga punitiva relativa a la “equivalencia fáctica” del delito realizado, para HEGEL tal equivalencia

⁷⁸“Ello lo lleva a defender una teoría retributiva menos subjetiva y más moderna en la cual lo decisivo para que la pena sea justa no es que deba ser del mismo tipo que el delito cometido, sino que debe tener el mismo valor simbólico que el delito. En ese plano simbólico reside la gran aportación hegeliana”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 31.

⁷⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 34. Y continúa el autor: “Es decir, el tema de la pena concreta ya no es un problema conceptual, sino una cuestión de racionalidad pragmática. La determinación de la pena no depende de la lesión a la víctima, sino del peligro que el delito encierra para la sociedad desde el punto de vista jurídico. [...] La teoría retributiva de la desautorización del Derecho de Hegel hace depender la pena – en el ámbito de la Eticidad– de las concretas circunstancias histórico-políticas de cada sociedad civil. Ello provoca que en el modelo hegeliano la concreta configuración de la pena sea relativa de acuerdo con la estabilidad de la sociedad. Siempre se debe responder al delito con una pena, pero la gravedad de ésta depende ya de las necesidades de la sociedad (lo que la aproxima a las teorías relativas)”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 40 y 41.

debería estar revestida de un carácter comunicativo, de manera que la aflicción de la punición debería corresponder al mal, sin exigir necesariamente una compensación literal⁸⁰. Por lo dicho, como señala JAKOBS, para HEGEL, el dolor provocado por la pena debería significar algo simbólicamente, debería expresar que el hecho realizado no es relevante⁸¹.

En ese sentido, se entiende la retribución kantiana como comprometida con el referente de justicia frente al sujeto (subjetiva), mientras que en el modelo hegeliano la justicia se observaría frente a la perspectiva del Estado (intersubjetiva)⁸², lo que se concretaría como consecuencia de un comportamiento realizado en contra del Derecho o, incluso, en contra de la estructura social⁸³.

Al admitir que el delito no ofende sólo a la víctima, sino también a la sociedad, HEGEL entiende que su realización conlleva un peligro, cuya gravedad debe orientar la determinación cuantitativa de la punición⁸⁴. Con este argumento sin embargo “se echa a perder la plástica simetría del Talión”, como señala JAKOBS, porque el daño no se podría determinar simplemente observando al autor y a la

⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 33.

⁸¹ “En HEGEL –al menos en aquella entre sus fundamentaciones de la pena que aquí es resaltada–, el dolor es también un *elemento simbólico*, significa algo, a saber, que la máxima configurada por el autor es irrelevante, siendo relevante la del ordenamiento jurídico. El hecho y la pena se toman en su significado comunicativo, el hecho como afirmación de que el Derecho no es vinculante, y de que el autor disfruta de la libertad del estado de naturaleza *hobbesiano*, la pena como contradicción, con el contenido de que únicamente el Derecho puede constituir el punto de partida de la comunicación”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 134.

⁸² “[...] la pena justa ya no es vista desde la perspectiva del que la sufre, sino desde la perspectiva del que la impone: el Estado. En este sentido se puede hablar de una teoría objetiva o intersubjetiva de la retribución frente a la fundamentación subjetiva kantiana”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 31 y 32.

⁸³ “El desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de HEGEL, de acuerdo con la cual el delito precisamente no se dirige contra «otro del pueblo», sino contra la estructura social, contra el Derecho mismo, más aún, contra el principio de la juridicidad, el «Derecho en cuanto Derecho»”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 129.

⁸⁴ (§218) “Puesto que la propiedad y la personalidad tienen en la sociedad civil reconocimiento jurídico y validez, el delito no es más solamente una ofensa a un infinito subjetivo, sino también a lo universal que tiene una existencia en sí estable y firme. Por lo tanto se evidencia el punto de vista de la peligrosidad de la acción para la sociedad; por lo cual, por una parte es reafirmada la magnitud del delito, pero por otra el poder de la sociedad devenido seguro de sí mismo, rebaja la importancia externa de la vulneración y origina una gran benignidad en el castigo de la misma”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), prólogo y nota bibliográfica: Juan Garzón Bates, 1ª ed., México, Dirección general de publicaciones, 1975, p. 221.

víctima, sino que dependería de la “fortaleza o la debilidad de la estabilidad de la estructura normativa de la sociedad”⁸⁵.

Como puede verse, en su discurso se manifiestan ya algunos elementos de contenido preventivo que en el desarrollo posterior de la doctrina de los fines de la pena serán considerados esenciales para la propia justificación de ésta. Si hay peligrosidad social, si se afirma que con el delito no se daña exclusivamente a la víctima o a sus familiares, sino que se afecta también a la colectividad, se puede deducir que HEGEL deja plantadas las semillas de las ideas que más tarde se aproximarán al modelo preventivo general positivo.

Para HEGEL, siendo el delincuente un individuo racional –y no un animal que necesita ser controlado o corregido– y siendo su voluntad libremente realizada a través del acto ilegal, la pena pasa a ser un derecho que le cabe, visto que ésta reconoce tanto el referido hecho practicado, como la racionalidad de su autor, así como el individuo, por su parte, reconoce su necesidad de sumisión a la ley⁸⁶.

Lo que importa, desde su punto de vista, es que el delito sea percibido como una coacción, una violencia que niega el Derecho, y tal violación necesita ser suprimida para que éste pueda ser restablecido⁸⁷. Así, la pena surge con el papel de

⁸⁵ “Con carácter general, el daño social no puede ser determinado abstractamente mediante una simple observación del autor y del hecho sino que más bien depende de la fortaleza o la debilidad de la estabilidad de la estructura normativa de la sociedad: una sociedad segura de sí misma castiga de forma más suave que otra que se encuentra amenazada de disolución, etc. Con ello se echa a perder la plástica simetría del Talión –¡que no es su ventaja menos importante!–; pues no se puede deducir el daño social a partir de la víctima *individual*”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 111.

⁸⁶ (§100) “La vulneración que afecta al delincuente no es sólo justa en sí –como justa es, a la vez, su voluntad que es en sí y la existencia de su libertad, el Derecho–, sino que también es un Derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. Porque en su acción, como acción de un ente racional, está implícito un universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser subsumido, como bajo su Derecho”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, p. 110. Al respecto, entiende MAÑALICH: “La justificación de la pena, para Hegel, es tanto objetiva como subjetiva: la justicia de la pena no sólo concierne al hecho de que ella sea justa en sí misma, sino también que ella sea justa por referencia a la propia voluntad del criminal que sufre la punición. Por eso, la imposición de la pena es un *derecho* del criminal”. MAÑALICH, Juan Pablo, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 264.

⁸⁷ (§95) “La primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el delito: el juicio negativamente infinito en su pleno justificado [...], por el cual es negado no sólo lo particular, la subsunción de una cosa bajo mi voluntad (§85), sino, a la vez, lo universal, lo infinito en el predicado de mí, la capacidad jurídica, es decir, sin la intervención de mi opinión (como en el fraude) (§88) y justamente contra ella; todo esto constituye la esfera del Derecho penal”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, pp. 105 y 106. Al respecto comenta JAKOBS: “HEGEL

negar la violación, es decir, negar la negación del Derecho, negar la voluntad injusta del sujeto que ha violado la norma⁸⁸, lo que se expresa a través de la imposición de la consecuencia jurídica correspondiente, la imposición de un mal en contra del mal anteriormente realizado⁸⁹. Así, la “contranorma”, como ya mencionamos, creada por él al realizar el delito, estaría desvirtuada y no se presentaría ya como válida⁹⁰.

Sin embargo, tanto para KANT, como para HEGEL sería imprescindible que la imposición de la pena se realizase como consecuencia de la consumación de un hecho lesivo, no siendo aceptable ningún tipo de intervención penal preventiva predelictual. En ese sentido, ambos están de acuerdo y defienden la necesidad de considerar al delincuente como un ser dotado de racionalidad, autonomía, libertad de voluntad, lo que le garantizaría el derecho a ser castigado por el daño producido.

Por lo que respecta al sentido utilitario de la pena, la propuesta de BECCARIA fue criticada por los retribucionistas, entre otras cosas porque sus principales fundadores trataron de alejarse del modelo del contrato social asumido por dicho autor. Por ejemplo, tomando como referencia la más grave de las puniciones –la pena de muerte–, por entender que, partiendo del pequeño porcentaje de libertad al que renunciarían los ciudadanos a consecuencia del contrato social

concibe el delito como coacción: [...]. El delincuente «niega» «la capacidad jurídica», emite el juicio de que no reconoce la propiedad ajena, lo que ciertamente constituye un juicio correcto («verdadero») –de hecho, no reconoce la propiedad ajena–, pero, como formula HEGEL, es un juicio «disparatado», pues la legitimidad de la propiedad no está a disposición del autor, de modo que su vinculación entre usurpación y legitimidad sencillamente no significa nada respecto de ambas cosas”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 131 y 132.

⁸⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, p. 107.

⁸⁹ (§99) “Si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se lo considera en general sólo como mal, se puede, ciertamente, juzgar como irracional querer un mal meramente porque ya existe otro mal [...]. En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la existencia que tiene el delito, y que se debe anular; ella es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, pp. 108 y 109.

⁹⁰ (§99) “La vulneración, para la voluntad particular del ofendido y de los demás, es solo algo negativo. La existencia positiva de la vulneración es solo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, p. 108. En ese sentido, señala GÜNTHER: “Kant y Hegel explicaron esa abstracción diciendo que el autor ofende con su crimen no sólo a otra persona individualmente, sino que crea con su hecho también una especie de contranorma, que autorizaría ese comportamiento de modo general y demostraría a la sociedad que dicha contranorma podría ser también practicada: sería el crimen «que valdría, caso contrario»”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoría da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 59 (la traducción es nuestra).

hipotéticamente firmado por todos ellos, ningún individuo estaría autorizando al Estado a sacrificar su vida en caso de violación de sus normas. De lo que se infiere que la pena no estaría vinculada al consentimiento del condenado y el Estado no estaría comprometido con la protección individual, sino colectiva⁹¹.

En el mismo sentido, KANT, al defender la capacidad del hombre de autodeterminarse y ejercer su voluntad libremente, también se aparta del modelo contractualista, porque si la punición no existe para realizar un ideal de justicia, sino para preservar las reglas del contrato, entonces el individuo estaría subordinado a la voluntad de aquella comunidad y no a la suya propia, como señala HARZER⁹².

Además, las ideas de KANT y BECCARIA entraban en conflicto principalmente porque, como pone de manifiesto NAUCKE, para el primero el Derecho sólo podría fundarse sobre bases metafísicas, nunca empíricas⁹³. En ese sentido, KANT entendía

⁹¹ “Pero aquí se trata de la voluntad racional del criminal en tanto expresada en su hecho, que como tal exhibe una pretensión de universalidad, bajo la cual su hecho es juzgado. Y por eso, a través de la imposición de la pena el criminal es honrado como agente racional. Esto no equivale, sin embargo, a una exigencia de consentimiento en la punición que pudiera hallarse fundamentada en la representación de la legislación como un contrato («social»)". MAÑALICH, Juan Pablo, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 264 y 265. Al respecto, dice RADBRUCH: “Si la teoría contractual representa, de este modo, una fundamentación individualista del derecho de punir, la *teoría de la retribución*, partiendo del principio de que la pena es siempre *merecida por el criminal*, representa una fundamentación autoritaria de ese derecho, aunque su principal representante sea también el mayor teórico de la autonomía”. RADBRUCH, Gustav, en *Filosofia do Direito* (1933), 1997, p. 315 (la traducción es nuestra).

⁹² “KANT sustituyó las condiciones teóricas del contrato por el principio de independencia, desterrando así la fundamentación de HOBBS del núcleo de la cuestión. Y ello porque con la solución contractual de la fundamentación del Estado la independencia del individuo se contempla de forma subordinada al mantenimiento de la comunidad”. HARZER, Regina, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”, trads. María Teresa Castiñeira Palou/ Ricardo Robles Planas, en VV.AA. (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 35. Y continúa la autora: “La independencia aparece según KANT como el elemento constitutivo y a la vez limitador del Estado de Derecho. Si el contrato y el sistema eliminan la independencia del individuo o la limitan a los fines de su propio cumplimiento, entonces ello no se corresponde con el ejercicio de la coerción que Kant legitima en el estado jurídico”. HARZER, Regina, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 36.

⁹³ “Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 38. Al respecto, dice NAUCKE: “La teoría metafísica del derecho es el gran opositor a la teoría del derecho empírica y sin cerebro. La falta de cerebro en la teoría jurídica empírica es el incentivo para la búsqueda de la metafísica del derecho. Sólo para que nada quede incompleto, recuerdo que la metafísica, en Kant, significa: metafísica secularizada y epistemológicamente fundada. Y se mantiene, claro está, la principal característica de la metafísica, la independencia en relación a datos empíricos”. NAUCKE, Wolfgang, “A crítica de Kant à teoria empírica do Direito”, trad. Luís Greco, en RBCCrim, nº. 95, 2012, p. 99 (la traducción es nuestra). Y continúa el autor: “Esta crítica se dirige a la concepción de Beccaria, según la cual la teoría de la pena dependería de una extraña mezcla entre conocimiento empírico –consentimiento en la pena de muerte para el

que como éstas muestran los diversos deseos de los individuos, cargados de todas sus paradojas, de sus vicios y sus equívocos, no servirían como fundamento, visto que la idea del fin como realizador del Derecho puede distanciarse de los conceptos de justicia, sometiendo al individuo a la voluntad de los otros ciudadanos⁹⁴.

C. CRÍTICAS A LA RETRIBUCIÓN

La concepción retributiva de la pena, cuyos orígenes se remontan a esta venganza de la sangre de los pueblos más antiguos, se sustenta, como pone de manifiesto FERRAJOLI, en tres pilares: la venganza, la expiación y el “«reequilibrio» entre pena y delito”⁹⁵. En efecto, como indica este autor, los elementos mencionados forman parte del concepto político de pena desde la antigüedad hasta el presente⁹⁶ y contribuyen a que las teorías retribucionistas guarden una importante relación con creencias mágicas y religiosas, apegadas a la idea de la “restauración” del escenario anterior al delito, lo cual sólo podría llevarse a cabo a través del sacrificio de aquél que lo causó. Por lo tanto, los elementos éticos vinculados a la práctica delictiva y a su superación buscan una equiparación entre acción y consecuencia, viejos conocidos de la doctrina cristiana⁹⁷.

caso de un crimen grave– y conocimiento no empírico –carácter indisponible de la vida”. NAUCKE, Wolfgang, en *RBCCrim*, 2012, p. 106 (la traducción es nuestra).

⁹⁴ “Lo «empírico» en el derecho muestra sólo lo que las personas realmente quieren del derecho. Y este querer es tan diverso, tan arbitrario, tan contradictorio, que no sirve para fundamentar el derecho como instrumento de poder: lo «empírico», la idea de fin, no puede fundamentar el derecho como derecho correcto y justo. En el derecho relativo, la libertad del ciudadano individual está siempre expuesta al albedrío de los demás”. NAUCKE, Wolfgang, en *RBCCrim*, 2012, p. 113 (la traducción es nuestra).

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez/ Alfonso Ruiz Miguel/ Juan Carlos Bayón Mohino/ Juan Terradillos Basoco/ Rocío Cantarero Bandrés, 5ª. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 254.

⁹⁶ “Estas tres ideas han ejercido siempre una fascinación irresistible sobre el pensamiento político reaccionario y nunca se han abandonado del todo en la cultura penalista”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 254.

⁹⁷ “Se trata, en efecto, de una supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza: la idea de la pena como restauración, remedio o reafirmación del orden natural violado; las religiosas del talión o de la purificación del delito a través del castigo; o las no menos irracionales de la negación de éste a través del derecho. La única diferencia reside en que mientras en las concepciones arcaicas de tipo mágico-religioso la idea de retribución está ligada a la objetividad del hecho sobre la base de una interpretación normativista de la naturaleza, en las cristiano-modernas, tanto de tipo ético como jurídico, está conectada a la subjetividad perversa y culpable del reo sobre la base de una concepción naturalista y ontológica tanto de la moral como del

A pesar de la transformación de las relaciones penales a consecuencia de la estructuración –y de las numerosas reestructuraciones a través de los siglos– del Estado y de sus bases políticas, el deseo de venganza nunca ha desaparecido plenamente del espíritu de las gentes, sino que sigue latente en la propia idea de la punición. Forma parte de su contenido, es el “alma” de la pena, aunque de tiempo en tiempo se vuelva a la discusión respecto de lo que la legitima y de cuál debe ser su finalidad⁹⁸.

La relación entre ambos conceptos, venganza y retribución, parece aclarada por los partidarios de las teorías absolutas⁹⁹. En ese sentido, señala DE RIVACOBAY RIVACOBAY que la retribución estaría vinculada a la idea de compensación racional, de devolución del mal como consecuencia de la comisión de una acción desvalorada por la sociedad, sociedad que ha resultado lesionada en lo que aprecia y protege. De esa forma, la pena representa una “desaprobación pública” –o reproche–, además de tener un fuerte efecto simbólico demostrado a través de su ejecución¹⁰⁰. De

derecho. En todos los casos esta concepción primordial de la justicia penal es filosóficamente absurda”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, pp. 254 y 255.

⁹⁸ “La retribución viene a ser, pues, como el alma de la pena, o, manifestado menos figurativamente, le proporciona su naturaleza”. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 13. También se manifiesta al respecto FLETCHER: “Por más que hoy se pueda y se deba poner en cuestión la metafísica de tales argumentos sobre el efecto operativo del castigo, no cabe duda de que la noción del sufrimiento del delincuente como negación del sufrimiento causado por el delito sigue resonando en nuestra intuición de la Justicia”. FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 64.

⁹⁹ “No cabe duda de que tanto desde el punto de mira psicológico como desde el histórico la pena proviene de la venganza, pero de ahí a sostener que sean la misma cosa media una distancia insalvable”. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 15. En sentido contrario, para RÖDER, partidario del correccionalismo, es justamente la falta de finalidad lo que vuelve arbitraria e irracional a la pena retributiva, ya que al ser impuesta se convierte en un mero mal sin fundamento. Al respecto, dice el autor: “No referir, pues, la pena absolutamente á fin alguno, equivale á considerarla falta de razón; apareciendo entonces como un puro mal –sea el que fuere, según cualquier tarifa arbitraria– irracionalmente agregado al daño anterior para aumentar sin motivo la suma del mal en el mundo”. RÖDER, Cárlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. Francisco Giner, 3ª. ed., Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1876, p. 56.

¹⁰⁰ DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 13. Y añade este autor: “Más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de desaprobalo y significar y dar realidad a semejante desaprobación en la pena. Frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida”. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 42.

opinión semejante, para BETTIOL la retribución también se aleja de la venganza, precisamente porque el mismo elemento irracional que conduce a ésta no puede ser el fundamento de la “restauración del orden violado por el delincuente”¹⁰¹. En otras palabras, el carácter retributivo forma parte de la concepción pura de la punición, pero no debe ser confundido con los conceptos de expiación, sadismo o talión¹⁰², una vez que la pura venganza es irracional e ilimitada y carece de los elementos racionales y humanitarios de la retribución.

Es interesante constatar, en cualquier caso, que las numerosas interpretaciones dan contenidos diferentes y antagónicos al modelo retribucionista, modelo que parece despertar siempre mucha pasión, sea en quien lo defiende, sea en quien lo critica. Como señala FLETCHER, el conflicto se genera porque los retribucionistas “deploran la insensibilidad moral” de los utilitaristas, mientras que éstos “acusar a los primeros de indiferencia por el bienestar humano”¹⁰³. Y el conflicto entre estas opiniones enfrentadas está aún lejos de solucionarse.

En efecto, si por un lado el retribucionismo es visto por algunos como una corriente liberal humanitaria por vincular la carga punitiva a la gravedad del hecho, limitando los excesos del Estado contra el ciudadano, también hay quien le atribuye una valoración completamente opuesta, identificando el modelo en cuestión como autoritario, intolerante y represor. Así, por ejemplo, HASSEMER entiende que el modelo planteado por KANT contrasta con nuestras referencias humanitarias del sistema penal y sostiene que tal modelo se muestra elitista, además de vengativo¹⁰⁴.

¹⁰¹ BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*, trads. Paulo José da Costa Júnior/ Alberto Silva Franco, V. III, São Paulo, RT, 1976, pp. 91 y 92. Según este autor, la pena “(es), por lo tanto, una reacción de la norma jurídica violada que tiende a su reintegración. Este concepto de reacción de la norma (divino-moral-jurídica) en relación a los que la violaron está íntimamente ligado al concepto escolástico y, por lo tanto, al pensamiento cristiano que condena del modo más absoluto el espíritu de venganza, negación de justicia y de caridad”. BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*, 1976, p. 92 (la traducción es nuestra).

¹⁰² DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, en *DeC*, 2002, pp. 15 y ss. En el mismo sentido, BETTIOL: “No debemos realmente relacionar el significado moderno de venganza a reacciones individuales que ocurrían en épocas en las cuales faltaba o era rudimentaria la administración de la justicia, porque la exigencia de que al mal siga al mal no es realmente expresión de un desordenado instinto primordial de reacción contra el injusto, sino expresión de un *sentimiento de justicia*, que exige un castigo para los reos, sin el que desaparecería el fundamento ético de la sociedad civil”. BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*, 1976, p. 91 (la cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra).

¹⁰³ FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 65.

¹⁰⁴ Acerca del ejemplo de la Isla de KANT, dice HASSEMER: “Una justicia peculiar, rígida, estricta, vengativa, que destruya la vida del condenado. Una concepción peculiar del sentido de la pena, elitista y casi arrogante: el restablecimiento de la Justicia sin tener para nada en cuenta las ventajas

Sin embargo, a pesar de los numerosos problemas que plantea la teoría analizada, es importante admitir que la asociación de la idea de moralidad a la libertad de voluntad fue un paso importante para el Derecho penal, sobre todo porque, como indica HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, el propio concepto de comportamiento moral define su opuesto y éste sólo puede convertirse realmente en un acto punible si partimos de la idea de la libertad de elección entre ambos por parte del delincuente¹⁰⁵.

Es precisamente por sostener una consecuencia jurídica compatible con la responsabilidad del sujeto por lo que se atribuye a las teorías absolutas haber dado el primer paso en dirección al concepto de culpabilidad, lo que se ha valorado como el camino hacia la humanización del sistema penal. En ese sentido, estamos de acuerdo con DURÁN MIGLIARDI en que el compromiso de la teoría en cuestión con la realización de la justicia o con la afirmación del Derecho, a través de la imposición de penas justas y proporcionales, debe ser valorado positivamente¹⁰⁶.

No obstante, como ya se ha dicho la fuerza y el fundamento de la pena aún acumulan muchas referencias cristianas, que los siglos no han conseguido eliminar. No sólo en cuanto a la relación culpa-punición, sino también en relación a los referentes de comportamientos morales ideales y a la visión dicotómica de los individuos que componen la sociedad.

Por lo dicho, GÜNTHER señala que la pena retributiva termina alimentando emociones desde la lesión hasta la punición y tal sentimentalismo puede alejar la objetividad de la pena¹⁰⁷. Originariamente motivada por la necesidad de reparación

que ello puede suponer". HASSEMER, Winfried, "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? Sentido y fin de la sanción penal", trad. María del Mar Díaz Pita, en *RDPC*, 2ª. Época, nº. 3, 1999, p. 320.

¹⁰⁵ "Si no se supone la libertad de la voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal". HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, "Libertad y responsabilidad penal", en *ADPCP*, T. 42, F. 2, 1989, p. 569. Y continúa el autor: "Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Derecho [...]". HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, en *ADPCP*, 1989, pp. 569 y 570.

¹⁰⁶ DURÁN MIGLIARDI, Mario, en *RF*, 2011, p. 133. Además, DURÁN MIGLIARDI agrega que "se señala que las teorías absolutas de la pena han sido *esencialmente garantistas*, puesto que han impedido una intervención abusiva del Estado, que implique sólo el uso de su fuerza [...]". DURÁN MIGLIARDI, Mario, en *RF*, 2011, p. 134.

¹⁰⁷ "Como la retribución es practicada originalmente sólo en el ámbito de la relación intersubjetiva entre el autor, la víctima y los familiares de esta última, para ella convergen forzosamente todas las emociones consciente o inconscientemente despertadas por las circunstancias relacionadas con el

a la víctima o a sus familiares, la retribución difícilmente conseguiría compensar de forma ajustada –aunque sea el objetivo de sus defensores– la acción con la consecuencia jurídica, precisamente porque, mas allá de las razones obvias vinculadas a las dificultades para equilibrar el valor lesivo de un daño y la pena que le corresponde, el perjuicio sufrido por la víctima puede no limitarse a las pérdidas provocadas por el delito, sino que puede extenderse también a otro tipo de consecuencias, a las que se añaden todos los sentimientos de injusticia, inseguridad y humillación consecuencia del hecho sufrido.

El principio del talión, sostenido por KANT, parece ser uno de los más criticados elementos de la pena absoluta, principio contra el que ya se manifestó en su tiempo el propio HEGEL, proponiendo su sustitución por el del contenido valorativo de la pena, como ya vimos *supra*¹⁰⁸. La equivalencia fáctica terminó siendo entendida por la doctrina como lo más endeble de teoría kantiana, sobre todo porque no consiguió realmente convencer de que la cantidad de pena debería medirse literalmente por el hecho realizado¹⁰⁹.

Además, como acertadamente señala FEIJOO SÁNCHEZ, la reacción (supuestamente racional y alejada de las emociones) por parte del Estado no se puede medir por la acción irracional cometida por el delincuente y, por lo tanto, no parece tener mucho sentido que la proporcionalidad que se busca en la respuesta penal se pretenda de forma literal. Aparte de que, teniendo en cuenta que la máxima moral del sujeto ya estaba equivocada desde el inicio, originariamente,

hecho y la retribución”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 58. (La traducción es nuestra).

¹⁰⁸ (§101) “Si no se descuida, solamente, esta naturaleza de la finitud, sino que ahí se detiene por demás, en la abstracta igualdad específica, nace no sólo una dificultad insuperable para determinar la pena [...]; sino que es fácil demostrar el trueque de la pena como un absurdo (hurto por hurto, rapiña por rapiña, ojo por ojo, diente por diente, y en el cual se puede representar al que obra como tuerto o desdentado), cosa que no importa al concepto, pero de la cual viene a ser deudor dicha igualdad específica citada. El valor como igualdad interna de las cosas, que en su existencia específica son completamente distintas, es una determinación que ya se presenta en los contratos [...]”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, p. 112.

¹⁰⁹ “El camino errado de Kant se inicia cuando intenta dar respuesta a la cuestión de cuál puede ser el tipo y la cantidad de pena que reclama la justicia en cada caso particular. Este autor considera que se debe atender al principio de la igualdad: no sufrir un mal ni mayor ni inferior que el que se ha causado”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 18.

considerarla legítima, sea frente a su actuación, sea frente a la respuesta jurídica a ella, no parece acertado bajo ningún punto de vista¹¹⁰.

A ese respecto, como indica GAROFALO (buscando sostener sus propias convicciones preventivo-positivistas), la promesa de equivalencia entre el mal por el cual se pune y el mal impuesto por la punición no parece haber sido coherentemente sostenida por los retribucionistas, no siendo posible, a través de la teoría en cuestión, llegar a un parámetro de proporcionalidad verdaderamente eficaz y justo, como se buscaba¹¹¹.

Así, y tomando como referencia las emociones que provoca la victimización, en muchos casos es posible que la necesidad de venganza aleje la lógica de la punición proporcional, lo que, de acuerdo con GÜNTHER, puede llevar al condenado a la impresión –y, en algunos casos, a la experiencia– de haber sufrido una injusticia a través de la pena, por la cual, a su vez, se crearía una nueva necesidad de reparación¹¹².

A pesar de los límites determinados por las exigencias de culpabilidad y proporcionalidad, los lazos que unen la retribución y los sentimientos de venganza, así como la relación histórica entre ambos, parecen ser todavía muy evidentes, lo que lleva a la doctrina a desconfiar de los posibles riesgos que puedan provenir de su potencial de severidad. Y ello porque se entiende que las circunstancias sociales del momento, la repercusión del delito realizado o el nivel de reproche por el hecho pueden favorecer puniciones retributivas más graves de lo que sería justo, impuestas convenientemente para calmar a la opinión pública –cuyos sentimientos muchas veces recuerdan a la venganza primitiva– algo que, en cierta forma y por diversas razones, puede verse frecuentemente en los tiempos actuales.

¹¹⁰ “La pena no puede depender de las máximas morales del delincuente, sobre todo cuando lo castigamos precisamente porque su máxima de actuación es incompatible con el ordenamiento jurídico”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 22.

¹¹¹ “[...] añadiré ahora que no puede resolver el problema penal de acuerdo con los principios, porque no tiene medios de averiguar cuál es la pena absolutamente justa, es decir, proporcionada al delito”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Edit., 1912, p. 308.

¹¹² “Y, por otro lado, una retribución llevada a cabo de manera especialmente ultrajante puede provocar en la persona así punida la convicción de, a su vez, haber sufrido una injusticia, a exigir reparación”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 58 (la traducción es nuestra).

En cualquier caso, esa premisa conduce naturalmente, a diferencia de los modelos preventivos más extremos, a rechazar intervenciones penales sin la previa existencia de una acción antijurídica, lo que significa que no cabe imponer restricciones de derechos en base a las características personales del responsable que sean rechazadas por la sociedad o por el Estado. Por lo dicho, tiene razón DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ cuando añade que “sólo cabe retribuir lo que se hace o cómo se hace, no lo que se sea ni cómo se sea, el obrar y no el ser”¹¹³. Esta exigencia impone una barrera en contra del Derecho penal de autor, impidiendo además que el sujeto sea tratado como una cosa. Esa importante proposición determina la exigencia de respeto a la dignidad del individuo, de la cual muchas de las teorías preventivas se alejan¹¹⁴.

En todo caso, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, KANT parece ser el único partidario de las teorías absolutas que percibe el castigo como una acción en contra de un hecho realizado en el pasado, plenamente desvinculado de cualquier impacto que pueda promover en el futuro, es decir, sin ningún fin social¹¹⁵. Conforme plantea aquel autor, la justificación de la pena retributiva por medio de los “efectos psicosociales que pueda producir”¹¹⁶, categoriza dicha finalidad entre las teorías relativas, dejando quizás el fin retributivo como mero elemento de aquéllas. En ese respecto, lo que parece problemático de dicha mezcla es la pérdida de los elementos

¹¹³ DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel, en *DeC*, 2002, p. 34.

¹¹⁴ “Sin embargo, el postulado de KANT de que el autor no debe ser confundido entre los objetos del Derecho de cosas sigue siendo una conquista válida hasta la actualidad, que aunque no se pueda entender como absoluta, sí que ha tenido una amplia aceptación. En todo caso se mantiene abierta la cuestión de qué aporta la observación de dicho postulado cuando el propio KANT no excluye penas de trabajos forzados”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 114. JAKOBS se refiere a la propuesta de KANT, que en defensa de la retaliación, es decir, de la imposición de penas mediante su equiparación simétrica, como ya mencionamos, sugería la imposición de penas de trabajos forzados en respuesta a delitos de robo, cuando el sujeto no tenga bienes que se le puedan quitar. Así decía KANT: Así dice KANT: “[...] nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir, lo cual es imposible si otros no le sustentan. Ahora bien, puesto que el Estado no lo hará gratuitamente, tiene que cederle sus fuerzas para cualquier trabajo que se le antoje (trabajos forzados o trabajos en la prisión), con lo cual cae en estado de esclavitud durante cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre”. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres* (1797), 2002, p. 168.

¹¹⁵ “En efecto, como manifiesta un sector de la doctrina alemana actual, si se deja aparte a Kant, es más que discutible que los demás autores tradicionalmente calificados de retribucionistas conciben la pena como desprovista de fines sociales. Tal misión social aparece ya en el planteamiento de Hegel a través de la idea de «restablecimiento del Derecho» y, a mi entender, no está ausente en el planteamiento de ningún declarado retribucionista”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., Montevideo, B de F, 2010, p. 328.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 329.

que llevan a considerar el castigo absoluto como un fin en sí mismo, porque cuando pasa a ser un instrumento de la prevención pierde sus referencias en cuanto orientador del ideal de justicia. Estos planteamientos llevan a SILVA SÁNCHEZ a apuntar que dicha finalidad descende desde “la metafísica (reflexión abstracta de principios) a la psicología social”¹¹⁷. Y, al perder sus vínculos con el castigo justo y proporcional, pasa a sostenerse en elementos empíricos que en nada se relacionan con la metafísica característica de dicho movimiento¹¹⁸.

Muchas de las críticas a la retribución parten también de la idea de que resulta de dudosa legitimidad la aplicación de un mal para sanar otro, ya que se entiende, en contra de lo que sostiene HEGEL, que la lesión no se elimina por la imposición de la pena, sino que, en realidad, los males de la acción y de la respuesta a ella se añaden en una cadena de aún más tensión y dolor¹¹⁹. En este sentido, son muchos los autores que, como KLUG, critican la lógica de intentar abolir la violencia mediante la imposición de aún más violencia, teniendo en cuenta que en un escenario ideal la respuesta a la lesión debería consistir en una acción de naturaleza positiva, y no en una negativa¹²⁰.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 331.

¹¹⁸ “Sumergida la retribución en un marco general preventivista de base psicológico-profunda, la misma pierde autonomía y, por lo tanto, capacidad crítica y limitadora de las necesidades preventivas. Lo justo, lo proporcionado, deja de ser un valor para convertirse en un dato empírico, cuyo alcance puede obtenerse en una encuesta (qué entiende la población, o un sector de ésta, por «sanción justa» en una situación determinada). El valor limitador que ello pueda tener me parece más que discutible”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 331 y 332.

¹¹⁹ “[...] la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena. Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena [...]”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 14. Y complementa DURÁN MIGLIARDI: “[...] el mal de la pena se suma al mal del delito”. DURÁN MIGLIARDI, Mario, en *RF*, 2011, p. 135.

¹²⁰ Valorando la opinión de Hegel, sostiene KLUG: “Que «la violencia puede abolirse por la violencia», no es una conclusión en modo alguno compulsiva. Por ejemplo es posible afirmar que la violencia puede abolirse por la no-violencia. Sin embargo ¿qué debe ser una «lesión de la lesión»? La cura de una lesión sería un fenómeno de sentido. Y la «negación de la negación» es nada como construcción y todavía a este respecto confusa. El paralelo lógico formal es inaceptable. El apartamiento del daño causado por el delito al orden pacífico de la sociedad presupone una acción curativa positiva”. KLUG, Ulrich, “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. Enrique Bacigalupo, en Jiménez Huerta, Mariano/ Bacigalupo, Enrique/ Barbero Santos, Marino/ Bergalli, Roberto/ Romero, Gladys N./ Tozzini, Carlos A. (Edits.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, p. 39.

En contra de esta opinión, sin embargo, señala BETTIOL que aunque la pena se concrete en la imposición de un mal, es decir, en una consecuencia que representa sufrimiento concreto para quien la recibe, de hecho, desde el punto de vista moral debe ser percibida como un bien, una vez que representa la reafirmación de la norma violada, de la realización de la justicia¹²¹.

Por otro lado, para algunos autores, como ROXIN, el argumento principal de KANT, la capacidad de autodeterminarse y decidir seguir o no por el camino de la moral, no puede probarse científicamente. De la misma forma que no se puede probar la posibilidad del sujeto de actuar de otra forma, frente a las circunstancias que le llevaron a la criminalidad¹²². Y si eso es así, no sería posible punir exclusivamente para compensar un hecho que sólo supuestamente podría haber sido realizado de forma diferente o no haber sido realizado en absoluto.

En otras palabras, el fundamento de la punición quedaría vacío de contenido y se puniría por mera defensa de la autoridad, evitándose que la confianza en la justicia fuera zarandeada¹²³. ¿Pero puede ser ése un fundamento legítimo en un Estado de Derecho?

Incluso en la actualidad, un par de siglos después de la publicación de la *Metafísica de las costumbres*, no es posible comprobar todavía si el hombre puede

¹²¹ "Consideramos que es necesario, antes de nada, aclarar en qué sentido la pena es un mal. No hay duda alguna de que la pena es un mal, en cuanto sinónimo de sufrimiento físico y espiritual. Cuando se habla, sin embargo, de pena como de un mal, no se debe entender que la pena es un «mal» bajo el perfil moral, porque lo que constituye la reafirmación de una norma violada, de una exigencia de justicia, sólo puede ser un bien, o sea, un valor positivo". BETTIOL, Giuseppe, *Direito penal*, 1976, p. 112 (la traducción es nuestra).

¹²² "Pues, como es sabido, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío), y su existencia, como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable. Ciertamente que las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente. Pero la cuestión de si es posible una decisión que elija libremente frente a los factores de determinación, que se hacen así incalculablemente diversos, es como mínimo irresoluble, dado que apenas sabemos nada sobre los procesos microfísicos del cerebro humano. E incluso aunque se quisiera afirmar la libertad de voluntad como tal, con ello aún no se habría respondido afirmativamente a la pregunta decisiva en el proceso, de si ese hombre concreto podría haber obrado de otro modo en esa precisa situación [...]". ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 13. En el mismo sentido, citando expresamente a ROXIN, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?", Apéndice a Von Liszt, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), Granada, Comares, 1995, pp. 14 y 15.

¹²³ RABOSSI, Eduardo A., "Sobre la justificación moral del castigo", en Jiménez Huerta, Mariano/ Bacigalupo, Enrique/ Barbero Santos, Marino/ Bergalli, Roberto/ Romero, Gladys N./ Tozzini, Carlos A. (Edits.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, p. 190.

actuar libremente siguiendo sólo referenciales morales, simplemente porque no hay un único y exclusivo referente moral transcultural, común a todas las sociedades. Aunque estemos todos actualmente en un contexto social globalizado, con valores y referencias universales, existen comportamientos que son tolerados por determinados grupos, pero que son abiertamente criticados o no comprendidos por otros, muchas veces incluso dentro del mismo territorio nacional, bajo las mismas reglas jurídicas. Si no hay sólo un camino a seguir, ni sólo un referente por el cual orientarse, y si admitimos que el comportamiento está íntimamente relacionado con el contexto cultural en el que está inmerso el individuo, entonces la libre elección en dirección al bien puede estar representada por contenidos de lo más diversos, de la misma forma que la orientación al modelo ideal puede llevar a determinados sujetos por caminos totalmente distintos de lo que se espera para la mayoría.

Si no hay un bien universal para todos, desde los grupos más heterogéneos de las sociedades más desarrolladas, hasta la más pequeña y rudimentaria comunidad en el área más desolada del planeta, no se puede hablar de moral universal. Si el supuesto “bien” es adecuado para el contexto cultural de un determinado grupo o individuo e inadecuado para otros, no existiría el modelo de libertad propuesto por KANT, sino sólo una libertad relativa orientada por los referentes de comportamiento del entorno social de cada individuo.

En cualquier caso, los aciertos de las teorías retributivas han permitido su supervivencia hasta nuestros días e incluso momentos de auge del neorretribucionismo, a los que volveremos después. Pero en su momento las deficiencias de estas teorías, unidas a un contexto motivado por el avance científico, condujeron al pensamiento preventivo a corrientes más radicales y menos exigentes en relación a la protección de la dignidad del hombre, como veremos en seguida.

III. BENTHAM, FEUERBACH Y LA PREVENCIÓN GENERAL

A. BENTHAM

Totalmente introducidas en la cultura liberal, las teorías preventivo generales, contrariamente a las retribucionistas, por primera vez sustituyen al delincuente por la colectividad como centro de las atenciones del sistema penal¹²⁴.

Su origen se encuentra en los planteamientos de BENTHAM, para quien la pena tenía una finalidad meramente utilitarista. Decía este autor que el castigo no debería ser inferior a lo que se considerara suficiente para prevalecer sobre los beneficios que pudiera originar la acción delictiva¹²⁵. De esa forma, entendiendo que dicho beneficio constituye la motivación real de la acción (*temptation*), la intensidad de la punición debería ajustarse a ella. Es decir, cuanto mayor pudiera ser la ganancia (*profit*) obtenida a través del delito, más dura debería ser la pena para, de alguna forma, disuadir al sujeto de la realización de la acción prohibida¹²⁶.

Además, decía BENTHAM que la cantidad de pena a imponer al delincuente en el caso concreto debería ser equivalente a lo necesario para apartar a otros delincuentes con perfil semejante de la comisión de nuevos delitos¹²⁷. En otras palabras, la intimidación no se dirigiría sólo a desalentar al condenado de la reincidencia, sino que, a través del ejemplo de su condena, debería desestimular también a los demás ciudadanos de la realización de hechos similares.

¹²⁴ Como observa FERRAJOLI, las teorías preventivo-generales “no fijan su vista en los delincuentes, ni como individuos ni como categorías tipológicas, sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico –como hacen las doctrinas de la prevención positiva– a la obediencia política de éstos a las leyes”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 276.

¹²⁵ “El valor de la punición no debe ser inferior, en cualquier caso, a lo que sea suficiente para superar el valor del lucro del crimen”. BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789), New York, Dover Publications, 2013, p. 179. (La cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra).

¹²⁶ “La fuerza de la tentación, *caeteris paribus*, es como el lucro del crimen: el quantum de la pena debe aumentar con el lucro del crimen: *caeteris paribus*, debe, por lo tanto, aumentar con la fuerza de la tentación”. BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789), 2013, p. 180. (La traducción es nuestra).

¹²⁷ “Para que el nivel de punición efectivo de cada individuo infractor corresponda al nivel destinado a infractores semejantes en general, las varias circunstancias que *influyen la sensibilidad deben siempre tenerse en cuenta*”. BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789), 2013, p. 182. (La cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra).

Desde los planteamientos mencionados, la teoría en cuestión afrontaba el pensamiento retribucionista, sobre todo por abiertamente poner de manifiesto la utilización del hombre condenado, independientemente de la gravedad de su lesión, de su responsabilidad o de su capacidad para entender el comportamiento ilegal, como elemento disuasorio de la generalidad.

Las ideas de BENTHAM partían de su comprensión acerca del ser humano y de lo que consideraba relevante para la sociedad. Como explica STUART MILL, para aquel autor el hombre estaría inmerso en las pasiones egoístas¹²⁸, no sería capaz de buscar la perfección espiritual, como defendían los retribucionistas, y, por lo tanto, sus conquistas están fundadas en sus propios beneficios no metafísicos¹²⁹. STUART MILL trata de contextualizar las concepciones de BENTHAM en el entorno social en que formó sus posicionamientos académicos, ubicándolo entre “los hombres más secos y estériles que Inglaterra había producido hasta entonces”¹³⁰. En otras palabras: que el autor formaba parte de los movimientos racionalistas característicos del período ilustrado y que, por lo tanto, su visión acerca de la pena estaría relacionada con la utilidad que de ella pudiera obtener el colectivo.

STUART MILL destaca que la moralidad está formada por dos partes distintas: la autoeducación y la formación impuesta por regulaciones externas. Como pone de manifiesto este autor, BENTHAM sólo tenía en consideración la última de dichas partes, lo que explicaría la finalidad que atribuía al castigo¹³¹, es decir, la represión

¹²⁸ “El hombre es concebido por Bentham como un ser susceptible de placeres y dolores, y gobernado en toda su conducta, en parte por las diferentes modalidades del propio interés y por las pasiones que por lo común son calificadas de egoístas, y en parte por simpatías –u, ocasionalmente, antipatías– hacia otros seres”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), Estudio preliminar, traducción y notas: Carlos Mellizo, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 45 y 46.

¹²⁹ “El hombre no es jamás entendido por Bentham como un ser capaz de perseguir, como fin último, la perfección espiritual; como un ser capaz de desear, por su propio bien, la conformidad de su carácter con sus propios criterios de excelencia, sin esperar recompensa y sin temer mal alguno que provenga de otra fuente que no sea la de su propia conciencia reflexiva”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), 2013, p. 46.

¹³⁰ El autor explicaba que a Bentham “le tocó estar incrustado en una generación compuesta por los hombres más secos y estériles que Inglaterra había producido hasta entonces. Y era un anciano cuando una raza mejor entró con el siglo presente. Así, lo que él vio al hombre fue poco más de lo que hasta el ojo más vulgar podía ver: no reconoció diversidades de carácter, sino aquellas que podían ser también detectadas por la gente común”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), 2013, p. 40.

¹³¹ “La moralidad consta de dos partes. Una de ellas es la autoeducación, el entrenamiento que el mismo ser humano lleva a cabo ejercitándose sobre sus propios afectos y su propia voluntad. En el sistema de Bentham, esa parte está vacía. La otra parte, de igual importancia, que es la regulación de

del condenado como ejemplo para los demás miembros de la comunidad. Eso porque, si la moral no orientara sus decisiones, el control de la criminalidad sólo parecería satisfacerse por medio de la intimidación. Desde esta perspectiva, queda evidente la objetividad de su propuesta, lo que lleva STUART MILL a defenderle afirmando que “[l]a ley es una cuestión práctica; los medios y los fines son las cosas que han de considerarse en ella, no las abstracciones [...]”¹³².

Hay que tener en cuenta, además, que para BENTHAM el Estado tenía la obligación de producir la mayor felicidad para el colectivo (donde queda completamente inserta la idea de utilidad)¹³³, la cual también se materializaría por medio del castigo. Y como entendía que la ofensa sacudía dicha felicidad, la pena haría su parte en promover la realización de los placeres y la protección del dolor¹³⁴.

La referida propuesta fue arduamente criticada por los partidarios de las penas absolutas, como ya mencionamos en el apartado anterior, principalmente porque entendían que esta concepción no consideraba al hombre con un ser moral y, por lo tanto, no respetaba su dignidad. Estas deducciones parecen acertadas, incluso porque bajo la argumentación del factor disuasorio se permite la utilización del individuo como chivo expiatorio, como señala FERRAJOLI, así que grandes terminan siendo las probabilidades de imponer penas excesivamente duras contra sujetos cuya responsabilidad debería conducirles a castigos más suaves¹³⁵. En todo

sus acciones externas, ha de permanecer mutilada e imperfecta si falta la primera”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), 2013, p. 54.

¹³² “La ley es una cuestión práctica; los medios y los fines son las cosas que han de considerarse en ella, no las abstracciones; la vaguedad no podía ser combatida con la vaguedad, sino con afirmaciones categóricas y precisas; no se podía hacer frente a los detalles con generalidades, sino con detalles. Y ningún progreso podía tener lugar en un asunto así si uno se limitaba a señalar que las cosas existentes estaban mal: era también preciso mostrar cómo podían mejorarse”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), 2013, p. 66.

¹³³ Como destaca STUART MILL, la denominación “principio de la utilidad” es desarrollada posteriormente como “principio de la mayor felicidad”. STUART MILL, John, *Bentham* (1838), 2013, p. 81.

¹³⁴ “El negocio del gobierno es promover la felicidad de la sociedad a través de la gratificación. La parte de su actividad que consiste en punir es más particularmente el asunto del derecho penal. En la proporción en que un acto tiende a perturbar tal felicidad, en la proporción en que su tendencia es perniciosa, será la demanda que creará por punición. Ya vimos en qué consiste la felicidad: el goce de los placeres, la protección contra dolores”. BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789), 2013, p. 70. (La traducción es nuestra).

¹³⁵ “Añadiré que una práctica penal informada por la función disuasoria de la imposición más que de la amenaza de la pena puede desembocar en castigos discrecionales y desiguales, dependiendo de la alarma social o de las conveniencias políticas, en relación con las cuales el condenado está destinado

caso, no podemos olvidar que dicha teoría también permite amplios márgenes de influencia de la opinión pública en la determinación de la pena, así como la orientación legislativa al punitivismo, caso de que el Estado trate de mostrar a la colectividad su compromiso con sus demandas de seguridad¹³⁶. Política que, en la actualidad, se hace presente en prácticamente todas las democracias occidentales.

No obstante su contribución en los debates sobre los fines de la pena, BENTHAM también tiene una importante participación en la concepción del modelo panóptico, que surge dentro de la misma cultura utilitarista, con el propósito de facilitar la vigilancia penitenciaria y el dominio de los cuerpos de los internos. La amplitud de la dominación permitida por dicha teoría se expande desde las prisiones hacia el ambiente externo y se estructura como una lógica de poder que trascurre desde su tiempo hasta la actualidad, aunque concretada hoy por medio de nuevas mecánicas y aparatos. Nos dedicaremos a este tema, con más detalles, en el capítulo tercero.

Actualmente se entiende que la pena utilitarista, tal y como fue propuesta por BENTHAM, conduce a la instrumentalización del hombre, como ya habían previsto y criticado con dureza las teorías absolutas. Al respecto, señala VON HIRSCH acertadamente, de forma crítica, que, al permitirse la punición con fines ejemplarizantes, también se podría admitir el castigo en situaciones en que falte la culpabilidad, así como el incumplimiento de la proporcionalidad entre ésta y la respuesta penal, ya que la punición sólo tiene en cuenta su utilidad¹³⁷.

a servir de chivo expiatorio". FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 276.

¹³⁶ "Además, una concepción semejante del fin de la pena legitima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y sobre todo desprovistas de cualquier certeza y garantía: no sólo la pena «ejemplar», sino incluso el «castigo del inocente», desvinculado de la culpabilidad y de la averiguación misma del delito, tal como sucede cuando se diezma o se ejecutan represalias". FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 276.

¹³⁷ "Si se atiende al marco de la utilidad social estaría permitido, por los aportes positivos que conlleva, la responsabilidad penal por hechos ajenos, en supuestos de ausencia de culpabilidad o la imposición de sanciones desproporcionadas. Como es sabido, precisamente el otro reproche que se realiza a esta teoría señala que la pena no se aplica al autor como persona con competencia de actuación moral; debe sufrir un mal únicamente con el fin de intimidar a otro y motivarle a un cumplimiento estricto del Derecho". VON HIRSCH, Andrew, "Retribución y prevención como elemento de justificación de la pena", trad. Adán Nieto Martín, en Arroyo Zapatero, Luis Alberto/ Nieto Martín, Adán/ Neumann, Ulfried (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 128. Sobre la intimidación promovida por la prevención general, dice ROXIN: "Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a

Agrega GÜNTHER, además, que dentro de este modelo, es decir, evitar que se cometan nuevos delitos mediante la intimidación, la lógica terminaría por conducir a puniciones más severas para aquellos delitos que son más frecuentes, siendo menos relevante el grado de culpabilidad del delincuente que el daño causado o la norma violada. Este autor destaca, por otra parte, como uno de los problemas de esta teoría el distanciamiento entre las penas preventivas y la culpabilidad, por los fines intimidatorios. Y ello porque una pena con ese perfil llevada al extremo tiende a volverse más intensa de lo necesario y por tanto puede ser considerada injusta¹³⁸. Por lo dicho, lo que termina por controlar o regular los parámetros de la intensidad de la pena, en este modelo, es la «consciencia de justicia» de la comunidad.

B. FEUERBACH

FEUERBACH, por su parte, formula una propuesta también basada en los principios utilitaristas denominada Teoría de la coacción psicológica¹³⁹; sin embargo, en lugar de considerar la cosificación del hombre, entiende que la amenaza contenida en la sanción debería motivar a la generalidad al respeto a la norma.

Para ese autor, en la misma línea de planteamiento de BENTHAM, el delito parte de una decisión consciente por medio de la cual el sujeto considera los costes y los beneficios de la ofensa. Desde esta perspectiva, el castigo debería ser suficientemente duro para que, si el sujeto ponderase sus efectos, desistiese del

alguien, para que otros omitan cometer un mal". ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 18.

¹³⁸ "Si ilícitos culposos suceden con más frecuencia y provocan daños mayores que los ilícitos dolosos, entonces éstos deberían ser castigados de modo más suave que aquéllos. Entre tanto, a medida en que las penas preventivas se alejan de la conducta y de la culpabilidad del autor del ilícito, para crear sólo efectos intimidatorios, éstas se tornan injustas en relación con él. [...] Si una relación proporcional entre conducta, tipo y dimensión de la culpabilidad del autor, de un lado, y cantidad de la pena, del otro, es considerada justa, entonces la aplicación de una pena grave a un delito de menor importancia o cometido con culpa leve es injusta". GÜNTHER, Klaus, en *Teoría da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 62. (La traducción es nuestra).

¹³⁹ (§12) "Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica". VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (1801), trad. de la 4ª. ed. alemana: Eugénio Raúl Zaffaroni/ Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 60.

hecho¹⁴⁰. Siguiendo a BECCARIA, decía FEUERBACH que la intimidación sólo podría surgir desde el momento en que el ciudadano tuviera conciencia de la amenaza de la ley, por lo tanto, la publicidad de la prohibición sería imprescindible, y, asimismo, para tomarla en serio, la prontitud de la intervención y la certeza del castigo tendrían que ser igualmente percibidos por todos¹⁴¹.

Como observa GRECO, el concepto descrito, que define el sistema legitimador de las penas, también da origen al principio de legalidad, pues a partir del momento en que el autor atribuye al conocimiento de la prohibición una parte fundamentadora de la licitud del castigo, también lo prohíbe en caso de inexistencia de ley anterior que defina el hecho rechazado¹⁴². Continuando con los planteamientos de GRECO, es importante considerar que para FEUERBACH, la relevancia del principio de legalidad es su carácter intimidatorio, así que los perjuicios consecuentes de la inexistencia de la ley, en caso de punición, no estarían relacionados con la protección de la dignidad del hombre o con probables casos de

¹⁴⁰ Respecto de la propuesta de FEUERBACH, señalan MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO: “[...] la utilidad de un crimen y, por tanto, la decisión de infringir la Ley, dependerá de cuán probables sean tanto los costes como los beneficios del incumplimiento de las normas, así como de los costes y beneficios de cumplirlas”. MIRÓ LLINARES, Fernando/ BAUTISTA ORTUÑO, Rebecca, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, en *InDret*, nº. 4, 2013, p. 7.

¹⁴¹ (§13) “Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho*”. VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (1801), 1989, p. 60 (la cursiva pertenece al original). Respecto de la propuesta de VON FEUERBACH, señalan MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO: “No en vano, el enfoque criminológico clásico establece como condición fundamental para que las normas formales y las sanciones asociadas a su transgresión sean tenidas en cuenta por los individuos a la hora de decidir si involucrarse o no en un acto criminal, que tanto unas como otras deben ser públicas y conocidas por la sociedad a la que rigen. Difícilmente una norma podrá disuadir de cometer un delito si es desconocida por el potencial infractor”. MIRÓ LLINARES, Fernando/ BAUTISTA ORTUÑO, Rebecca, en *InDret*, 2013, p. 7.

¹⁴² “[...] él deduce el principio de legalidad de su teoría de la conminación de la pena como intimidación general. Solamente por medio de una ley general e imperativa, determinada, clara y simple se conseguirá asociar en la representación de los ciudadanos las ideas de delito y de pena, de modo que ya no sea posible pensar en la primera sin que, automáticamente, por medio de un mecanismo de asociación de ideas, venga a la cabeza la segunda”. GRECO, Luís, “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, en *InDret*, nº. 4, 2010, p. 4.

injusticia, sino con la mera ineffectividad de la norma en la defensa de la propia sociedad, lo que convertiría en inútil la intervención¹⁴³.

Como destaca FEIJOO SÁNCHEZ, los planteamientos de FEUERBACH son acordes a la lógica liberal, en la cual el Estado se pone en la condición de garante de los derechos de los ciudadanos. Desde este escenario, las teorías preventivas se sostienen en la idea de que el comportamiento del individuo puede ser influenciado por el Estado y en ese caso, dicha influencia trata de impedir lesiones a bienes jurídicos y de rebajar las tasas de criminalidad¹⁴⁴. Así que si su papel es proteger las relaciones personales y, en especial, las relaciones entre los actores que ponen en marcha la lógica de la propiedad, el ejercicio de la violencia en contra de quienes perturban estos intercambios estaría legitimado¹⁴⁵.

Ese pensamiento no era extraño a los penalistas de siglo XVIII, sin embargo, lo que parece innovador en las propuestas de FEUERBACH es que, para él, la intervención estatal en el control de la criminalidad no debería realizarse simplemente en el plano físico, es decir, desde la intervención sobre el cuerpo del sujeto, sino, sobre todo, en la mente de los miembros del colectivo social, lo que se concretaría, precisamente, al controlar los impulsos de aquéllos que pudieran delinquir¹⁴⁶. La lógica de la que parte el autor es la propia imposibilidad del Estado

¹⁴³ “Según la fundamentación de FEUERBACH, lo que hay de equivocado en castigar sin una ley previa o con base en una analogía o en el Derecho consuetudinario, no es que ese castigo sea injusto o que signifique una descualificación de aquél que castiga o una falta de respeto a quien es castigado. El error está en que tal castigo es inútil e innecesario porque el delito contra el que está reaccionado tal vez ni siquiera hubiera tenido lugar si se hubiera respetado el principio del *nullum crimen sine lege praevia, stricta o scripta*”. GRECO, Luís, en *Indret*, 2010, p. 7. (La cursiva pertenece al original).

¹⁴⁴ “Parten de la posibilidad de influencia del Estado en las conciencias y en los comportamientos individuales con el objeto de prevenir delitos. La justificación o legitimación de la pena deriva de que ésta se entiende necesaria para prevenir delitos y proteger a los ciudadanos, careciendo de alternativas”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 71.

¹⁴⁵ “El Estado tiene que recurrir a la violencia y a la coacción cuando sea necesario para cumplir los deberes de protección en los que se basa su legitimidad”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 74 y 75.

¹⁴⁶ “Feuerbach parte de la idea indiscutible de que la coacción física del Estado para prevenir la comisión de delitos resultaba insuficiente. Por consiguiente, si el fundamento jurídico de la pena reside en última instancia en la necesidad de asegurar los derechos de todos, el sentido de la pena (*poena forensis*) reside en la necesidad de preservar la libertad recíproca o la convivencia en la sociedad civil mediante el bloqueo de los impulsos o las inclinaciones antijurídicas”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 75. Al respecto, también explica JAKOBS: “Sin embargo, el Derecho [...] se encuentra unido a la facultad de actuar con violencia frente al que quiere deteriorarlo –FEUERBACH habla de un «derecho de

de contener físicamente a todos aquéllos que realizaron o realizarán delitos, así que, como ilustra JAKOBS, las amenazas funcionarían como “«cadenas» psíquicas eficaces”¹⁴⁷.

Esta premisa se aparta completamente de los pensamientos retribucionistas que atribuían al hombre elementos morales y libertad de elección, por los cuales se legitimaba el castigo. Contrariamente, para FEUERBACH el hombre se deja conducir por sus instintos naturales (sensualidad)¹⁴⁸ y por sentimientos que precisan ser, de alguna forma, gestionados o controlados¹⁴⁹, pues entiende que el hombre, por desear el bienestar, actúa a favor de realizarlo, del mismo modo que la idea de un sufrimiento superior le hace rechazar dicha satisfacción¹⁵⁰. Su propuesta es que por medio de la ley se consiguiera inhibir dichos impulsos, que forman parte de su determinación natural, precisamente sometándolo a un nivel de dolor que suplantara la satisfacción que la realización del hecho prohibido promoviera.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que, para FEUERBACH, las cuestiones morales tampoco son la legitimación del castigo. Como destaca JAKOBS, para aquel autor el comportamiento que merece reprobación sería el que invade las libertades de los otros individuos, aunque no sean necesariamente inmorales¹⁵¹. A

defensa»— y la pena (junto a la legítima defensa) tiene que explicarse como una especie de «defensa» en concreto [...]”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 119.

¹⁴⁷ “En la medida en que el Estado, sin embargo, no puede físicamente «encadenar a todos los ciudadanos», tiene que hacer uso de «cadenas» psíquicas eficaces”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 119.

¹⁴⁸ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (1801), 1989, p. 60.

¹⁴⁹ “[...] a Feuerbach ya no le interesa la dimensión nouménica kantiana, sino aquella en la que los seres humanos se ven dominados por instintos como la codicia. [...] FEUERBACH entendía que el objeto de la coacción penal no era la libertad como categoría moral (o el ser humano como esencia libre), sino que iba dirigida a lo que tiene el ser humano de naturaleza (de ser determinado y sometido a la naturaleza) cuando actúa movido por sus instintos o por la concupiscencia”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 75 y 76.

¹⁵⁰ Respecto del comportamiento instintivo humano imaginado por FEUERBACH, explica FEIJOO SÁNCHEZ: “El hombre ansía una determinada satisfacción porque en general ansía placer, y rehúye un determinado dolor porque en general huye de la insatisfacción como algo contrario a su naturaleza humana. Todo ser humano rechaza un pequeño placer si puede conseguir uno mayor o soporta una pequeña desdicha si con ello puede evitar un dolor mayor. La insatisfacción que sufre alguien cuando no puede satisfacer sus necesidades estimula a satisfacer la necesidad”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 77.

¹⁵¹ “¿Cuáles son, pues, los derechos de una persona? FEUERBACH responde que hacer (o dejar de hacer) todo lo que no afecte a los derechos de otros —es decir, su libertad—. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 116. Y continúa el autor: “En este contexto, en su

pesar de alejarse de KANT en ese sentido, ambos planteamientos se acercan respecto a la consideración de la pena como una consecuencia necesaria del delito, así que la intimidación manifestada por el castigo se relaciona más con su sentido abstracto, pre-delictual, que con la disuasión que el ejemplo de la pena concreta pueda promover¹⁵². Así que su imposición al hecho realizado sólo tendría la finalidad de validar la prohibición para que el ciudadano pudiera tomar en serio dicha amenaza¹⁵³. Y por esa razón observa ROXIN que la coacción psicológica sería una “teoría de la imposición y de la ejecución de la pena”, pues la amenaza de que trata sólo se concreta por medio de la realización del castigo¹⁵⁴. Dichas fronteras impuestas por el autor tenían la función de contener el poder interventor del Estado, tanto que, así como los partidarios de las teorías absolutas, entendía que el castigo debería ser una consecuencia del comportamiento ilegal¹⁵⁵.

Estos planteamientos tienen origen en la propia idea de FEUERBACH en cuanto a la prohibición de utilizar al hombre como ejemplo, en posición completamente contraria a BENTHAM. Por ello, aquel autor se posicionaba en contra de la utilización del ofensor, pues estaba convencido de las premisas puestas de manifiesto por los retribucionistas, que tenían la mencionada cosificación de aquéllos que caen en las manos de la justicia¹⁵⁶, ya que, ante esta realidad, el Estado

opinión, resulta completamente indiferente si el uso del derecho es o no una conducta moral siempre que otro no quede sometido”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 117.

¹⁵² “Por ello Feuerbach no vincula la función intimidatoria a la imposición de la pena, sino a la amenaza con pena previa a la comisión del delito. La pena como mal que se sufre no es más que una consecuencia jurídicamente necesaria del delito”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 78.

¹⁵³ “Si el objetivo de la conminación legal mediante pena es intimidar a los potenciales autores de lesiones antijurídicas, la imposición de la pena persigue respaldar la conminación legal, ya que sin aplicación ésta sería ineficaz”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 78.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte General*, trads. Diego-Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, 2ª. ed., T. I, Madrid, Civitas, 2003, p. 90.

¹⁵⁵ “[...] el fundamento de la pena para FEUERBACH es el mismo que para KANT: el delito cometido—, la persecución de cualquier finalidad reeducadora sí supondría vulnerar el principio de indisponibilidad del ser humano, e implicaría tratar a éste como si fuera un instrumento al servicio de otras metas”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Retribución y prevención general negativa como fines de la pena”, en *CPC*, nº. 72, 2000, pp. 586 y 587.

¹⁵⁶ “[...] como aún, en el instante de la admonición legal, no ha sido realizado ilícito alguno la amenaza de una pena no transforma a nadie en puro objeto y la dignidad no resulta afectada”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *CPC*, 2000, p. 586.

no estaría respetando su condición de persona¹⁵⁷. De este entendimiento también se deriva otro: la amenaza sólo puede establecerse con base en algo soportable por el ser humano y no con lo que “el titular del derecho puede inventarse arbitrariamente”¹⁵⁸.

En todo caso, a pesar de su compromiso en evitar abusos por medio de la condena, su propuesta, de hecho, abre paso a excesos punitivos. Como destacan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, la simplificación de las causas que llevan al delito y las propuestas para su contención permiten interpretaciones superficiales acerca de tales problemas, que sin embargo se enraízan en sociedades cada vez más complejas. Imaginar que sólo la idea de los perjuicios promovidos por el castigo son suficientes para alejar a la colectividad de hechos criminales es reducir las particularidades existentes en cada ser humano, que no sólo son extremadamente heterogéneos en su naturaleza, sino que también se desarrollan en distintos ambientes sociales y entornos culturales¹⁵⁹. Si respecto de la idea de lo que debería ser permitido o prohibido hay diferencias entre los sectores sociales, igualmente hay diferencias en las variables que les hacen acercarse o mantenerse alejados de la comisión del delito¹⁶⁰.

Por otro lado, tienen razón HASSEMER y MUÑOZ CONDE cuando destacan los riesgos para la dignidad humana que la teoría analizada representa, sobre todo porque de ella pueden derivarse argumentos favorables a la utilización del condenado como ejemplo para los demás, lo que, en los actuales tiempos de la sociedad de la información, no parece imposible de concretarse. En todo caso,

¹⁵⁷ “Feuerbach tiene claro que el Estado no tiene derecho a la intimidación de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 79.

¹⁵⁸ “Sólo puede lícitamente ser amenazada con aquellas consecuencias que una persona en derecho ha de tolerar y éstas, desde luego, no coinciden siempre con lo que el titular del derecho puede inventarse arbitrariamente”. JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 122.

¹⁵⁹ “El problema es que simplifican en demasía las razones por las que los individuos delinquen o incumplen las normas y, en consecuencia, falsifican también las razones por las que se reacciona punitivamente frente a esas infracciones”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 199.

¹⁶⁰ Dice, además, STRATENWERTH: “Las decisiones a favor y en contra de cometer un hecho punible normalmente no son tomadas ni por una ponderación racional de las ventajas y desventajas, ni para así decirlo, puntualmente, de caso a caso. Ellas se corresponden, mayormente, a convicciones valorativas determinantes a más largo plazo y a disposiciones a realizar la conducta; y por el momento es completamente desconocido qué papel juega la presión externa en la adquisición y conservación de tales disposiciones”. STRATENWERTH, Günter, “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?”, en *RBCCrim*, nº. 66, 2007, pp. 59 y 60.

tampoco parece justa la asunción de que todos los ciudadanos son seres humanos racionales y siempre pueden elegir el camino de la ley¹⁶¹.

En definitiva, la libertad ofrecida al Estado para imponer la pena con fines disuasorios parece especialmente problemática, pues, naturalmente, desde la racionalidad política, la más alta pena termina pareciendo ser más eficaz como contraestímulo, además de fortalecer las relaciones de poder y el arbitrio de la fuerza pública para afrontar y gestionar los colectivos despreciados¹⁶².

No obstante, estamos de acuerdo con FERRAJOLI cuando pone de manifiesto que no parece que exista una verdadera separación entre dicha teoría y la cosificación del ser humano, como sus partidarios tratan de destacar, pues si se considera el hecho de que la pena que contiene la coacción psicológica sólo se refiere al momento de la conminación, se ignora que el hombre concreto será sometido a ese castigo originariamente abstracto y por lo tanto, desde que sufre la imposición de la pena está materializando aquel tratamiento ejemplarizante que la teoría trata de condenar¹⁶³.

Llama la atención además que la prevención general negativa no tenga en consideración la importancia que la proporcionalidad y la culpabilidad juegan en el control de penas excesivamente graves. Desde esta perspectiva, la indiferencia de sus defensores frente a dichos principios es más una fragilidad de la referida teoría ante la posibilidad de que determinados individuos sufran condenas superiores a lo

¹⁶¹ "Para estas teorías, el delincuente, cuando es castigado, se convierte en puro objeto de demostración, en un medio para inducir a otros al buen comportamiento, «escarmentando en cabeza ajena». La pena así entendida tendría cierto sentido si realmente se diera el presupuesto del que se parte: que el sujeto que delinque ha podido elegir entre varias posibilidades y que en su decisión ha pesado más el impulso al delito que el miedo a la pena [...]". HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 199. Véase también HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas: Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, p. 381.

¹⁶² "En suma, la prevención general a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no impide el terrorismo penal legislativo, al estar claro que la amenaza penal, habiendo de servir como «contraestímulo», «contramotivo» o «coacción psicológica», resulta tanto más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con que se amenaza". FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 279.

¹⁶³ Como destaca FERRAJOLI, "[...] la amenaza es tal en la medida en que está destinada a ser puesta en práctica mediante la imposición de la pena a individuos «particulares» y «reales». En ambos casos el medio es heterogéneo respecto al fin, que consiste en un bien referido a sujetos distintos de aquellos a los que se inflige la pena, de modo que el mal infligido a algunas personas es un «medio» para el fin del bienestar de otros". FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 279.

que podría tocarles simplemente para demostrar a la generalidad que la norma debe ser respetada, así como facilita que hechos de poca relevancia, pero molestos o numerosos, sean gestionados básicamente por la violencia estatal¹⁶⁴.

En lo que se refiere a la eficacia de la prevención general negativa, es además importante tener en cuenta que, como pone de manifiesto ROXIN, normalmente sólo una pequeña parte de la criminalidad se da el trabajo de ponderar las ventajas de la comisión del delito y las desventajas de las consecuencias jurídicas que derivan de él¹⁶⁵. Dicho de otro modo, aunque el legislador insista en aumentar la severidad de las penas y de la ejecución penal, es posible que el propósito de controlar el aumento de la criminalidad no se alcance, dado que la teoría en cuestión no se propone resolver, ni siquiera minimizar, las circunstancias que dan origen a la criminalidad. Esto permite deducir que, desde la perspectiva del sujeto a intimidar, más eficiente que la intensidad de las penas sería el incremento de la persecución penal¹⁶⁶.

Hay que tener en cuenta que más allá del momento de la conminación legal, la intimidación se hace presente en muchos otros momentos de la relación delito-pena, así que para esperar efectos significativos, es necesario que las demás

¹⁶⁴ “La cantidad o intensidad de pena necesaria para conseguir la intimidación no guarda, pues, en principio según la teoría de la prevención general ninguna relación con la magnitud de la ilicitud del acto o de la culpabilidad de su autor”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 200. En contra de dicha falta de límites, se manifiesta ÁLVAREZ GARCÍA: “Incluso cuando la comisión de hechos poco graves llegara a una frecuencia que pudiera juzgarse como insoportable –y no hay que negar que esta posibilidad pueda llegar a plantearse–, el modo adecuado de reaccionar contra ella no consiste en la exasperación de las penas, ya que, como se acaba de señalar, ese resulta ser, a menudo, un mecanismo contraproducente, sino de aplicar rigurosamente –es decir: con rigor– la justicia penal”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *CPC*, 2000, p. 608.

¹⁶⁵ “Ciertamente existe hoy una unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una «intimidación» y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapado”. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte General*, 2003, p. 91.

¹⁶⁶ A respeto, pone de manifiesto ROXIN: “Políticosocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p. ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general”. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte General*, 2003, p. 91.

instancias represivas hagan su parte para hacer creer que la amenaza punitiva es real¹⁶⁷.

En nuestra opinión, no se puede negar que la prevención intimidatoria forma parte de la esencia del Derecho penal, precisamente porque, desde su función, es decir, la disminución de conflictos sociales, la amenaza por medio de la pena parece natural a su esencia¹⁶⁸. Sin embargo, observadas aisladamente, las soluciones ofrecidas por las teorías analizadas no parecen adecuadas a un Estado constitucional, del que se espera el respeto a determinados límites impuestos al derecho de punir.

Siguiendo los planteamientos de GÜNTHER, podemos admitir que, en lo que se refiere a la sociedad contemporánea, cada día se hace más evidente que las fronteras de lo que se considera justo y aceptable como punición están bastante deterioradas, puesto que son evidentes por todas partes penas con intensidades por encima de lo normalmente aceptable¹⁶⁹.

Por ende, la intimidación parece, más que nunca, hacerse presente en las ideas punitivas contemporáneas, sobre todo porque la utilidad atribuida a los personajes del universo consumidor, es decir, al ciudadano posmoderno, como analizaremos en el capítulo tercero, parece alcanzar mayor eficiencia desde la gestión y disciplina de los individuos en ambiente abierto. Por ello, parece evidente que la lógica ofrecida por la prevención a través de la intimidación se adecua perfectamente a las demandas punitivas actuales.

¹⁶⁷ “[...] no debe olvidarse que la prevención general no despliega sus efectos únicamente en el momento de la conminación, sino que para que ese efecto intimidatorio «funcione» es necesario que las distintas instancias represivas realicen adecuadamente su trabajo”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *CPC*, 2000, p. 608.

¹⁶⁸ “Verdaderamente el Derecho penal contemporáneo tiene la principal misión de reducir el número de los delitos cometidos, en una perspectiva de defensa de la sociedad y los particulares, y ello, es obvio decirlo, debe hacerlo de la única manera que le es posible: adelantándose a la comisión de los hechos delictivos mediante una actividad de prevención”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *CPC*, 2000, p. 583.

¹⁶⁹ “Los efectos limitadores de la consciencia de justicia dejan de actuar cuando la aplicación de penas severas es simplemente considerada justa. Es esa la situación en que nos encontramos hoy”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 62. (La traducción es nuestra).

IV. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO Y PREVENCIÓN ESPECIAL

A. LOS PRIMEROS POSITIVISTAS

Cuando surgió, el movimiento positivista era la novedad y traía consigo toda la excitación de una nueva era, ahora permeada por los increíbles descubrimientos científicos que revolucionaron el conocimiento tradicional y las relaciones entre el individuo, la sociedad y el poder central. Todo lo que se conocía sobre el hombre parecía estar equivocado, los viejos conceptos debían ser abandonados y, en la política, el Estado debía asumir nuevos roles.

Por lo que respecta al Derecho penal, la tradicional escuela clásica, basada en la fundamentación metafísica de la punición, estaba desconectada de la realidad y de los avances científicos del momento. Y, frente a tantas novedades, ahora no parecía interesante, sino más bien caduca, vinculada a un tiempo que ya no volvería. Era ineficiente, precisamente por no haberse dedicado nunca a aclarar objetivamente las causas de los conflictos sociales o a controlar a los individuos considerados peligrosos (que eran los temas donde estaba el foco del interés académico de la época y a los que convergía la mayoría de los estudios en Derecho penal)¹⁷⁰. Para los positivistas, la sociedad se planteaba cuestiones que, hasta el momento, no habían obtenido respuestas y ellos estaban dispuestos a aclarar esas cuestiones¹⁷¹.

¹⁷⁰ “Esta preocupación por los vagos y maleantes, por los peligrosos sociales, por los asociales en general, y mucho más por los que habitualmente cometen delitos, era típica de un penalista que vivía en la disciplinada y próspera sociedad alemana de finales del siglo XIX, en plena expansión económica y política del Estado prusiano, en una Alemania por primera vez convertida en una sola nación bajo tal nombre, que pugnaba por ocupar un lugar preeminente entre las potencias mundiales de aquel momento, Inglaterra y Francia, principalmente”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Un proyecto de ley: el proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 173.

¹⁷¹ La búsqueda del cientificismo penal queda clara cuando pone de manifiesto FERRI “(q)ue en el orden teórico aceptamos de buena voluntad y con reconocimiento, todo lo que han hecho hasta el presente las escuelas clásicas con respecto al estudio jurídico del delito, reservándonos, no hay para qué decirlo, el derecho imprescriptible de modificar las ideas cuando el progreso de las ciencias naturales ha mostrado su desacuerdo con la realidad de los hechos”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, trad. António Soto y Hernández, T. I, Madrid, Góngora, 1908, p. 23. Y, criticando los movimientos clásicos, agrega el autor: “(e)n desquite, el criminalista clásico sabrá bien decir en qué caso un delito ha quedado en grado de tentativa o frustración y en cuál otro ha sido consumado, agravado o atenuado, y tales conocimientos nos serán también útiles a su tiempo; pero entre tanto quedará perplejo y enmudecido ante estos otros problemas más urgentes, de los cuales reclama, sin embargo, la sociedad moderna una solución práctica y eficaz”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, trad. António Soto y Hernández, T. II, Madrid, Góngora, 1908, p. 17.

FERRI reconocía que el ambiente científico de la época, desde los recientes descubrimientos, invitaba a las diversas ramas del conocimiento a desarrollar nuevas reflexiones para la sociedad moderna, principalmente en lo relacionado con los estudios relativos a la biología y psicología humanas, que desde sus distintos campos competían por explicar los fenómenos criminales¹⁷².

La influencia de las ciencias naturales llevó a este movimiento a buscar numerosas equiparaciones entre los esfuerzos curativos del médico y del criminólogo, quizás para legitimar las nuevas propuestas que pretendían sobrepasar los límites de la mera contención física e interferir en las características personales de aquéllos que se encontraban en las manos del Estado¹⁷³. No era poco común el

¹⁷² “El desarrollo grandioso y fecundo de la filosofía experimental en la segunda mitad del siglo XIX, particularmente en lo que concierne al estudio biológico y psicológico del hombre, considerado como uno de los innumerables anillos de la cadena zoológica, y al examen positivo de las sociedad humanas como organismos naturales, había ya formado un medio intelectual y determinado una corriente general, del cual las recientes investigaciones sobre los fenómenos de la criminalidad, no son más que un aspecto particular”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 1, 1908, pp. 1 y 2.

¹⁷³ Reiterando la comparación entre el médico y el jurista en ese tiempo, se manifiesta FERRI: “El hombre que comete el delito, para el criminalista clásico está en un lugar muy secundario, como antes el enfermo para los médicos, y no es para él como para éstos, sino el sujeto de aplicación de las fórmulas teóricas. Evidentemente, el criminalista, como el medico de las antiguas escuelas, han debido ocuparse del delincuente como del enfermo, por algunas condiciones personales demasiado pronunciadas, para prescindir, según las cuales, se dice modificada la imputabilidad moral del hombre”. FERRI, Enrico, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, 2ª. ed., trad. Don Isidoro Pérez Oliva, Madrid, Góngora, 1887, p. 13. Y continúa el autor: “Yo no digo que todo el estudio de lo que en sí es el delito, como ente jurídico, haya sido inútil, como no digo que la medicina no haya sido ayudada en gran parte de los estudios nosológico anteriores, lo que sí afirmo es, que el estudio abstracto del delito separado del delincuente, no basta hoy, y de aquí la razón de la evolución de la escuela que pretende que se estudie el delito en sí, mas estudiando primero el delincuente que lo comete con todas las ventajas que ofrece el método positivo”. FERRI, Enrico, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, 1887, p. 14. También por ello, ASCHAFFENBURG: “La profilaxis siempre fue considerada como la más importante y la más valiosa misión del médico; también para el criminalista y para el sociólogo no conozco misión más noble y útil que evitar el crimen”. ASCHAFFENBURG, Gustav, *Crime e repressão*, trad. S. Gonçalves Lisboa, Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904, p. 209 (la traducción es nuestra). Usando el mismo tipo de comparación, dice PRINS: “En medicina sólo se conocían las enfermedades; en psiquiatría sólo se conocía la locura. Hoy se busca conocer los enfermos y los locos. En derecho penal, sólo se conocía el crimen abstracto; se busca ahora conocer el delincuente y fijar el tipo del criminal”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, pp. 25 y 26 (la traducción es nuestra). También para RÖDER, la pena sería el “remedio psíquico para el criminal”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 253. Además, en defensa de las penas indeterminadas, dice RÖDER: “El juez, según esta doctrina, al igual del médico llamado por vez primera á la cabecera de un enfermo, no es capaz de pronunciar un fallo definitivo, mas solamente una imposición provisional é inocente de la pena, ya que el efecto de ésta, como el del medicamento, sólo puede conocerse con seguridad por su ensayo y experimento (*ab effectu, a posteriori*), conforme á cuyos resultados cabrá entonces –según antes hemos visto– disminuirla ó aumentarla”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 252.

empleo de la palabra “profilaxis” en los trabajos académicos de la época –aplicada normalmente en el sentido de solución de las causas de los conflictos sociales–. También era frecuente el consenso sobre el entendimiento de la pena como el “medicamento” para “curar” al delincuente portador del “virus criminal”, desencadenador de la “epidemia” llamada delito. En éstas, y otras expresiones análogas de la época, puede verse la conexión que se realizaba entre dos mundos tan diversos: el jurídico y el biológico. Y curiosamente, a pesar de la frontera que los separaba, era más que aceptable que médicos escribiesen sobre Derecho y juristas sobre medicina, lo que confundía aún más los conceptos, los métodos y los caminos para resolver un problema tan complejo, que cada día parecía más amenazador.

Frente al interés en la búsqueda de un camino para controlar el delito, cuyos índices eran siempre ascendentes (principalmente en lo relativo a la delincuencia habitual), todas las fórmulas parecían legítimas, incluso las más severas y absurdas, y todos parecían desear ser el gran responsable de la teoría que revelaría la solución del problema.

Por otra parte, en general los positivistas eran conscientes de la relación entre la delincuencia y el desmantelamiento social resultante de la industrialización y de la consecuente urbanización, que al agravarse por las crisis económicas de principios del siglo XX, genera bolsas de miserables en busca de su subsistencia. Sin embargo, contrariamente a lo que podría apuntar la orientación hacia la deseada solución al aumento de la criminalidad, pocos parecían tener una opinión favorable a las ideas de protección de los intereses y de los derechos de la clase proletaria, que por sus propias circunstancias, se encontraba más vulnerable tanto en relación a la práctica del delito, como en cuanto a la victimización¹⁷⁴.

Ante un escenario tan complejo y nuevo, bajo la influencia de las ciencias naturales, los estudios sobre el control de la criminalidad giraban alrededor de la

¹⁷⁴ En todo caso, en lo que se refiere al aumento de la criminalidad hay que tener en cuenta las transformaciones económicas y urbanas de la época, ya que el desarrollo de las escuelas humanistas coincide con la primera revolución industrial y con el surgimiento de la clase obrera. En ese sentido pone de manifiesto PRINS: “El aumento de la criminalidad en nuestra época es debido en primer lugar al enorme desarrollo de las ciudades, despoblando los campos y atrayendo las energías tanto para el bien como para el mal. La población urbana se desbordó, faltan lugares y se formó un proletariado sometido a todas las fluctuaciones económicas y que provee al vagabundaje y a la criminalidad un terreno propicio”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 34 (la traducción es nuestra).

jerarquía de las razas y de la composición biológica de los individuos, lo que justificaba la distinción entre personas mejores y peores: aquellos que merecían vivir y convivir, procrear y formar naciones; y aquellos que no merecían nada¹⁷⁵.

Por lo que parece, ello tiene su origen en las investigaciones de LOMBROSO, que, entusiasmado con los recientes descubrimientos de DARWIN respecto de la evolución de las especies y de la selección natural de los individuos biológicamente más fuertes, procuró asociarlas a la condición del delincuente, percibiéndolo como un ser de menor desarrollo en la escala evolutiva de la especie humana. Y, por lo tanto, es ese autor el responsable de la teoría que afirma que el hombre delincuente está predeterminado, por sus características biológicas, a la realización de acciones antisociales.

Basándose en sus investigaciones realizadas con numerosos condenados, LOMBROSO sostenía que el criminal era un individuo estéticamente desfavorecido, considerado monstruoso, un ser bestial¹⁷⁶. Sus características físicas serían similares

¹⁷⁵ “Lógicamente, conforme a la mentalidad reinante en la época, y no sólo en Alemania, la preocupación por la marginación social y la delincuencia, sobre todo la habitual, que se había incrementado enormemente con la industrialización y el crecimiento de la población urbana, se reflejaba fundamentalmente en lo jurídico en la adopción de medidas represivas, de carácter puramente penal y, en todo caso en el aumento del control policial de los sectores de la población más débiles económicamente, y por ello más inclinados a la comisión de delitos, lo que al mismo tiempo se fundamentaba científicamente con teorías que hablaban de «delincuentes natos», de «personas deficientes desprovistas de valor vital», de «razas inferiores», de «personas de segunda categoría» (*Untermenschen*), y que apenas cuestionaban las causas sociales y económicas de dicho problema”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la «solución final de la cuestión social»?”, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 173 y 174.

¹⁷⁶ Parece haber un consenso en el movimiento positivista penal en torno al prejuicio estético, ya que normalmente se asociaban los rasgos de fealdad al atavismo, ignorando los instintos criminales de aquéllos considerados “bellos”. Al respecto, dice TARDE: “Sobre doscientas setenta y cinco fotografías (reducidas) de criminales, anexadas al Uomo Delincuente y algunas decenas de otros retratos difundidos en el cuerpo del trabajo, sólo pude descubrir una cara bonita; y aún así, femenina; los demás son repulsivos en su mayoría, y las figuras monstruosas son numerosas. ¡Desconfíe de los feos aún más que de los imberbes!”. TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, trad. Ludy Veloso, Rio de Janeiro, Edit. Nacional de Direito, 1957, p. 25 (la traducción es nuestra). Y en nota al pie el autor continúa: “El embellecimiento físico de la raza importaría, por consiguiente, en su saneamiento moral. No es imposible que una selección en sentido inverso, operada significativamente en Europa por nuestras grandes guerras, haya contribuido un poco a disminuir la moralidad pública o a trabar sus progresos. No es únicamente, en efecto, la más pura sangre, es la más pura honestidad de la nación que, gracias a los consejos de reclutamiento, compone sus ejércitos y desarrolla una gran actividad en sus batallas”. TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, 1957, p. 25, N. 11 (la traducción es nuestra). En el mismo sentido, dice GAROFALO: ¿Por qué sorprenderse, pues, que aún en lo físico no presenten tampoco caracteres marcados de degeneración? Pero el que la anomalía sea menor no significa que sea imperceptible en absoluto. La expresión de maldad o esa mala cara indefinible que se ha convenido en llamar *patibularia* es muy frecuente en las cárceles; es raro

a otros individuos portadores de la misma condición (aunque se diferenciases en el crimen cometido), independientemente de los rasgos originales de cada raza, lo que le aproximaba al hombre primitivo¹⁷⁷.

Ante la precariedad científica de la época, las investigaciones realizadas llevaban a creer que los delincuentes a menudo serían morenos, tendrían “voz de tenor o de soprano” y muchos de ellos podrían ser ambidiestros, cardíacos, daltónicos, estrábicos, además de insensibles a variaciones de temperatura y al dolor¹⁷⁸. Serían amantes del alcohol y de las orgías, flojos y mentirosos, vengativos y agresivos¹⁷⁹.

La convicción acerca de la relevancia de las características biológicas era tanta, que GAROFALO, influenciado por el pensamiento de LOMBROSO, excluía, para los considerados anómalos física y moralmente, cualquier influencia de las circunstancias externas en las cuales el delincuente se encontraba en el momento de la realización del delito, quedando sólo el ímpetu criminal natural de su condición. Así que, sólo excepcionalmente, para algunos casos específicos, admitía GAROFALO que tales circunstancias externas podrían influenciar al individuo, pero no en el caso de los anómalos¹⁸⁰. Es decir, que lo que justificaría la realización de un delito por un determinado sujeto, estando diversos individuos sometidos a las mismas

encontrar en ellas algunos con facciones regulares y expresión dulce; la extrema fealdad, la fealdad repugnante que no es, sin embargo, aún una verdadera deformidad, es muy común en esos establecimientos y ¡cosa notable! especialmente entre las mujeres”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 83.

¹⁷⁷ “No dejemos de recalcar observaciones bastante singulares: el criminal (tanto como la criminal) es mucho más frecuentemente moreno que rubio; es mucho más cabelludo y tiene muy poca barba – desconfíe del imberbe, dice un proverbio italiano–. Finalmente, casi nunca tiene la nariz recta; el ladrón tiene la nariz levantada, parece, y el asesino, ganchuda...”. TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, 1957, pp. 23 y 24. Y continúa el autor: “De esa manera, el criminal se singularizaría no sólo en aquello en que escaparía a su tipo nacional, sino también en que sus anomalías a ese respecto obedecerían a una regla, y su propia atipia sería típica”. TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, 1957, p. 27 (la negrilla pertenece al original; la traducción es nuestra).

¹⁷⁸ TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, 1957, pp. 25 y ss.

¹⁷⁹ TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, 1957, p. 36. En el mismo sentido se manifiesta GAROFALO: “Poseemos descripciones completas de sus sentimientos, muchos de los cuales son semejantes a los de las razas humanas inferiores, como su *impasibilidad*, la *inestabilidad* de sus emociones, de sus gustos, la pereza, la pasión desenfrenada por el juego, por el vino y por la orgía”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 87.

¹⁸⁰ “Sin duda alguna, las causas exteriores, tales como el ambiente físico ó moral, las tradiciones, los ejemplos, las bebidas, el clima, etc., cooperan en muchos casos á la degeneración individual ó contribuyen á la de los padres del delincuente”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 102.

circunstancias externas, sería su condición biológica. Alguna característica exclusivamente suya. Por lo tanto, el citado autor entendía que la anomalía se encontraría siempre entre los delincuentes, en mayor o menor grado¹⁸¹.

En efecto, GAROFALO no creía que existieran crímenes fortuitos o delitos cometidos exclusivamente por influencia de factores externos. El deseo de cometer el delito estaría naturalmente y siempre en el individuo, que sólo podría ser influenciado de manera secundaria por otros factores o por el medio en que vive. Frente a esa insoluble condición, no habría como garantizar la no reincidencia¹⁸².

La explicación de la existencia de individuos portadores de instintos criminales innatos estaría relacionada con una “selección en sentido inverso”¹⁸³, es decir, con la involución de determinados seres humanos que, por relacionarse con individuos portadores de características primitivas, se reproducirían dando lugar a otros seres a los que transmitirían hereditariamente una carga genética inferior. Esos nuevos individuos, al relacionarse a su vez con otros que también serían portadores de una carga genética de menor valor, darían lugar al reproducirse a nuevas personas con las mismas características, hasta que ese círculo de “degeneración hereditaria”¹⁸⁴ terminaría por conducir a una subraza, más cercana a los seres primitivos, en un movimiento en dirección contraria a la de la evolución de la especie humana¹⁸⁵.

¹⁸¹ “[...] pero éstas son idénticas para mil personas, una de las cuales es la que delinque, y si ésta una, obra de una manera tan diferente de las demás, esto significa que siente de un modo particular las influencias de aquellas circunstancias, que hay algo que le es exclusivo, una diátesis, una manera de ser propia. [...] Pero así como el genio no se revela de no existir una ocasión propicia, sin ella, queda también latente la tendencia criminal, lo cual no quiere decir que los delincuentes se puedan dividir en dos distintas clases: una compuesta de seres normales, y la otra de seres anormales; se distinguen tan sólo por el grado mayor ó menor de su anomalía”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, pp. 102 y 103.

¹⁸² “El delito no es, pues, nunca efecto *directo é inmediato* de circunstancias exteriores, *existe siempre en el individuo*; es siempre la revelación de una naturaleza degenerada, sean cuales fueren las causas antiguas ó modernas de semejante degeneración. En este sentido *no existe el delincuente fortuito*, y no sería exacto decir que cada delito, examinado singularmente, sea efecto de causas orgánicas individuales, de causas físicas exteriores ó de causas sociales”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 105 (la cursiva pertenece al original).

¹⁸³ GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 119.

¹⁸⁴ GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 119.

¹⁸⁵ “La explicación más obvia de estos fenómenos es la de la degeneración hereditaria por efecto de una selección en sentido inverso, la cual produce el resultado de hacer perder al hombre las cualidades mejores que ha adquirido lentamente por efecto de una larga evolución, llevándolo de

GAROFALO estaba convencido, por lo demás, de que la mera realización de un delito por un individuo no lo colocaría en la posición de un ser inmoral, ya que podría haberlo realizado en un momento de “debilidad de los sentimientos altruistas”¹⁸⁶, lo que le llevaría posteriormente al arrepentimiento. Y eso no significaría que su estructura física o psíquica fuese anormal¹⁸⁷. Sin embargo, el autor entendía que algunos individuos realmente deberían estar clasificados como anormales y en ellos sí estarían presentes las características atávicas, especialmente para los denominados “grandes criminales”, los cuales recordarían a “las razas inferiores de la humanidad”¹⁸⁸. Es decir, lo que, según este autor, demostraría el ímpetu criminal del individuo no sería sólo la realización del delito, sino la combinación de éste con las referidas características biológicas.

De cierta forma, este entendimiento explicaría el margen de error de los análisis físicos de los delincuentes encarcelados sin contradecir en esencia la teoría, ya que, por lo dicho, podrían encontrarse en los establecimientos penitenciarios excepcionalmente individuos que cometieron delitos, pero cuyas características físicas no se corresponderían con las esperadas, lo que, en vez de suponer una prueba de la falta de validez de la teoría, justificaría ésta: ese individuo no sería un delincuente nato, portador del atavismo criminal, sino un individuo cuyos frenos morales no fueron suficientemente duros hasta el punto de hacerlo desistir de la realización del hecho¹⁸⁹.

nuevo al grado de inferioridad moral de que había salido. Y esto nace de la unión de los seres peores por debilidad, neurosis ó enfermedad, ó por el envilecimiento que produce la extrema miseria ó la extrema ignorancia”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 119.

¹⁸⁶ GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 70.

¹⁸⁷ “[...] de que el criminal haya violado un sentimiento moral no se puede deducir que tenga una organización psíquica distinta de la de los demás hombres; el criminal pudiera también ser un hombre normal que ha tenido un momento de extravío del cual pudiera arrepentirse”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 69. Y continúa el autor: “¿Qué prueba la ausencia completa del sentido moral ó la carencia orgánica ó, sencillamente, la debilidad de uno ú otro de estos sentimientos altruistas elementales?”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 70.

¹⁸⁸ “Es raro que los asesinos por causa de robo, verbigracia, no presenten algunos de los caracteres más típicos que les acercan a las razas inferiores de la humanidad; el prognatismo, la frente deprimida y estrecha, los arcos superciliares prominentes, etc.”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 82.

¹⁸⁹ “Siendo seguro el hecho, y lo es, porque los casos en que no existen estas anomalías son excepcionales entre los grandes criminales de que hablo en este momento, no debemos admirarnos de que estas anomalías sean menos pronunciadas en la criminalidad inferior. Ante todo, no hay

FERRI, fundador de la Sociología criminal, por su parte atribuía el origen de la criminalidad no sólo a la herencia biológica, sino también a las influencias del medio social. Ese autor procuró demostrar, tomando como referencia las investigaciones antropológicas, que el delincuente no es un sujeto normal, sino que posee “anomalías orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas” que lo llevan a poder ser considerado como una “variedad de la especie humana”¹⁹⁰. FERRI, además, sostenía que, de acuerdo con las estadísticas criminales, los factores que llevan al delito están relacionados con los fines de la pena prevista y aplicada, y que lo que se entiende por libre albedrío no pasaría de una ficción¹⁹¹. Todo eso porque, según este autor, en aquel tiempo la físico-psicología evolutiva había demostrado la inexistencia de la libertad de voluntad, además de parecerle un insano privilegio del hombre el de reaccionar de acuerdo con su voluntad, ignorando los instintos naturales que todos los individuos de la especie animal poseen¹⁹².

Por su parte, PRINS sostenía que, a pesar de la imposibilidad, por numerosas variables, de definir el perfil del delincuente nato, en lo relativo a la delincuencia

seguridad de que todos los autores de crímenes, según la ley, sean verdaderos criminales en la acepción psicológica que hemos dado a esta palabra. Además sería raro que se notasen anomalías de la misma importancia en los delincuentes inferiores. Estos últimos, en efecto, no son tipos marcados, se distinguen menos del común de los hombres, lo cual se nota más en la parte moral, porque sus crímenes aún conmoviéndonos, no nos parecen contrarios en absoluto a la naturaleza humana, nos puede suceder quizás que pensemos con horror que en ciertas circunstancias podríamos nosotros mismos llegar a hacer algo parecido”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, pp. 82 y 83.

¹⁹⁰ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 1, 1908, p. 46.

¹⁹¹ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T.1, 1908, p. 46. Y continúa: “La escuela criminal positiva no acepta este raciocinio unánime de los juristas, por dos razones. Es la primera, que la fisio-psicología positiva ha anulado completamente la creencia en el libre albedrío o libertad moral, respecto de la cual prueba que debemos ver una pura ilusión de la observación psicológica subjetiva. La segunda, es que aun aceptando este criterio de la responsabilidad individual, se encuentran, cuando se quiere aplicar a cada caso particular, dificultades teóricas y prácticas inaccesibles, y se deja el campo libre a una multitud de subterfugios, como consecuencia de falsas deducciones sacadas de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre criminal”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 3.

¹⁹² “Considerando, en efecto y no nos es dado hacerlo de otro modo, la actividad voluntaria del hombre como la forma más elevada y compleja de la actividad animal en general, reconocemos con evidencia, que desde el término de comparación más humilde, es decir, desde una simple reacción de irritabilidad en la forma animal más elemental, entre los protistas, por ejemplo, hasta el extremo más elevado o sea hasta la acción deliberada de un ser humano, se pasa por una serie continua de matices y de grados que no deja espacio a un privilegio único de la humanidad, la intervención de una potestad de libertad moral, que sería en el orden entero de la actividad universal, una milagrosa excepción”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 4. El discurso positivista respecto al libre albedrío ha sido renovado a principios del siglo XXI, como consecuencia de recientes investigaciones llevadas a cabo por neurobiólogos.

habitual sí se podrían determinar características comunes entre los individuos reincidentes¹⁹³. Sin embargo, el autor entendía que ese tipo no era biológico, como sugería LOMBROSO, sino social. Y ello porque, para PRINS, el estilo de vida, los vicios y la violencia que rodean a esos sujetos les generan características físicas y comportamientos que le denuncian como tal¹⁹⁴.

Por otra parte, para FERRI cada persona lleva consigo características individuales que adquiere por “herencia físiopsíquica”¹⁹⁵, pero que pueden ser modificadas de acuerdo con el medio en el que se desarrolla socialmente¹⁹⁶. Por ello, del mismo modo que hay individuos dotados de más o menos inteligencia, también los hay dotados de más o menos “fuerza de voluntad”¹⁹⁷ y ésta varía de acuerdo con numerosos elementos externos¹⁹⁸. Por lo dicho, a título de ejemplo, el hambre crónica derivada de la miseria sería una de las responsables de la “degeneración física y moral” del sujeto¹⁹⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, y a pesar de las diferencias entre los referidos puntos de vista acerca de estas cuestiones, la inexistencia del libre albedrío, así

¹⁹³ “Aun respecto de los que incontestablemente tienen el tipo en que Lombroso descubre signos del criminal innato, no existe ninguna base científica de apreciación, porque, para afirmar la existencia innegable de un tipo anormal, es necesario que haya acuerdo en cuanto a los caracteres del tipo normal y, en una civilización como la nuestra, en que hay tantas mezclas, infiltraciones, taras y anomalías, el tipo normal resulta una pura creación del espíritu. En medio de todas las anomalías que los rodean, no es posible decir dónde se debe hacer empezar la anomalía criminal”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 295 (la traducción es nuestra). Y continúa el autor: “Si ciertos seres son demasiado degenerados para resistir al mal, son excepciones. El error de la escuela antropológica está en que ésta considera esas excepciones como la regla, y afirma en el criminal en general una predisposición, que la fisiología no descubre en el protoplasma celular”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 297 (la traducción es nuestra).

¹⁹⁴ Acerca de los delincuentes habituales, dice PRINS: “Ellos tienen, seguramente, un tipo; ese tipo es principalmente formado por su género de vida, por el libertinaje, alcoholismo, miseria, por una existencia aventurera, de expedientes, de fraudes y de violencia. Se debe a esto agregar las pasiones que los dominan, la prisión que les imprime un indeleble estigma, las chozas en que se pudren en una promiscuidad desmoralizadora. Toman un cierto aspecto y hábitos. Tienen insensibilidad, dureza, cinismo y forman incontestablemente una casta aparte [...]”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 296.

¹⁹⁵ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 8.

¹⁹⁶ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 8.

¹⁹⁷ FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 8.

¹⁹⁸ “Una temperatura elevada, un viento siroco, un agotamiento nervioso como resultado de un exceso de trabajo, un período de digestión laboriosa, y bastantes otras causas accidentales, tienen sobre la energía de nuestra voluntad y hasta sobre nuestros sentimientos un poder que todos nosotros hemos comprobado por experiencia”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 9.

¹⁹⁹ “Todo el mundo sabe que la salud, y más aún una excelente digestión, hacen al hombre benévolo y más generoso, de tal suerte que la miseria (hambre crónica) es verdaderamente una gran causa de degeneración física y moral”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 9.

como el entendimiento respecto a la influencia de las características biológicas individuales en la comisión de delitos, parecían ser argumentos transversales en los discursos positivistas²⁰⁰.

Podemos decir, además, que es justamente la ausencia de libertad de voluntad la protagonista de la definición de los nuevos fundamentos para la pena. Es este cambio de perspectiva lo que conduce a cuestiones muy complejas en cuanto a la orientación del Derecho penal, teniendo en cuenta que hasta ese momento todo el sistema se basaba en la idea de la responsabilidad resultante de las elecciones llevadas a cabo por el sujeto en ejercicio de su libertad, tal y como había sido ampliamente defendido por los retribucionistas. Al no haber consenso sobre la existencia de tal libertad, cae toda la lógica acerca de la reacción penal estatal sostenida en ese momento.

Y, por esa razón, FERRI apuntaba la necesidad de decidir el camino que debería seguir la justicia penal, pudiéndose elegir entre la existencia del libre albedrío –basado en los antiguos criterios seguidos por el Derecho, desvinculados de las estimulantes revelaciones científicas– y la no existencia del mismo. En este último caso, se debería entonces orientar la punición en base a los datos ofrecidos tanto por la Antropología, como por la Sociología criminales. Lo que no creía aceptable FERRI era la unión de ambos caminos, por tratarse de visiones completamente opuestas²⁰¹.

²⁰⁰ “Libre albedrío ó libertad moral, no significa, en último término, sino que frente de la continua y múltiple presión del ambiente externo, y á la diversa influencia de los motivos internos, la voluntad humana decida en último recurso entre dos opuestas posibilidades. Ahora bien: que esto sea la manifestación más fácil y espontánea de la conciencia íntima, no se ha puesto en duda por nadie; pero no prueba en modo alguno que corresponda esta apariencia del fuero interno á la realidad verdadera y positiva y que sea su más terminante representación. Se demuestra, antes de todo, que esta conciencia de querer una cosa más bien que otra, es una pura ilusión derivada del desconocimiento de los precedentes inmediatos, ya fisiológicos, ya psíquicos, de toda deliberación voluntaria; así como de los fenómenos exteriores, cuyos precedentes ignoramos, decimos que son casuales ó arbitrarios, con el mismo fundamento podemos decir que son libres ó arbitrarios los fenómenos internos”. FERRI, Enrico, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, 1887, p. 25.

²⁰¹ “O la justicia penal está fundada sobre la idea del libre albedrío (absoluto o relativo, explícito o implícito, poco importa), y entonces, puede continuar apoyándose en sus antiguos criterios, y se podrá a lo más proponer en ella algunas reformas parciales y de superficie; o la justicia penal se asienta sobre el determinismo natural de los actos humanos y, por lo tanto, sobre los datos de la antropología y sociología criminal, y en este caso, debe buscar criterios radicalmente diferentes, y desenvolverse en un conjunto adecuado de instituciones y mecanismos judiciales y administrativos. La tendencia ecléctica, en cambio, quisiera, en su tenacidad testaruda, conservar el fondo sin cambiar

Desde el momento en que existía consenso doctrinal respecto de la existencia de “inclinaciones criminales innatas”²⁰², que impediría la realización de la libre voluntad del sujeto, y en la medida en que se sostenía que el tiempo en reclusión no afectaría a los impulsos irresistibles a la realización de nuevos delitos, resulta natural la deducción de la necesidad de protección de la sociedad a través de la incapacitación de esos sujetos incorregibles, cuya condición biológica los conduciría irremisiblemente a nuevas acciones ilegales²⁰³.

Por lo tanto, el modelo penal que emerge dentro del ambiente científico de la época no estaría dedicado a buscar la expiación o el sufrimiento del sujeto, ni a satisfacer un ideal de Justicia o reiterar la norma lesionada, ni a intimidar a la colectividad, sino a prevenir la realización de nuevos hechos, o bien a través del sometimiento del individuo a un tratamiento curativo, o bien a través de su alejamiento permanente con fines de mera incapacitación²⁰⁴.

En este sentido, para los positivistas no era correcto, por parte de la justicia penal, generalizar la reacción estatal contra los individuos que no respetaban la ley, como tampoco era adecuado imponer una pena fija, determinada, para todos los delincuentes, principalmente en los casos más graves.

nada de él, y contentarse con innovaciones verbales”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, pp. 27 y 28.

²⁰² GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 102.

²⁰³ Por su parte, aunque en un momento histórico diferente, ya a mediados del siglo XX, SEELIG seguía sosteniendo que “[l]os peligrosos permanentes —relativamente pocos— tienen, en cambio, que ser *inocuidados* por una *custodia permanente* (en tanto que una medida médica no sea suficiente en su caso para hacer desaparecer la peligrosidad”. SEELIG, Ernst, *Tratado de criminología*, trad. José María Rodríguez Devesa, 1ª. ed. española, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958, p. 469. Sin embargo, quizás en el punto intermedio entre el pensamiento de LOMBROSO y las propuestas de los sociólogos criminales (o evolucionando las teorías de los referidos movimientos), el autor entendía que las causas del delito sufrían influencia tanto de factores externos, como internos. Por lo tanto, sostenía el autor que: “Por consiguiente, es defectuoso querer clasificar los delincuentes o sus actos en *endógenos* y *exógenos*, pues el mismo delincuente puede presentarse como endógeno en el sentido del problema del desencadenamiento y como exógeno en el sentido del problema del desarrollo (o viceversa). [...] El caso contrario es todavía más frecuente: la producción del acto está determinada por hechos del mundo circundante, mientras que las disposiciones cooperantes del autor se apoyan en disposiciones congénitas; [...]”. SEELIG, Ernst, *Tratado de criminología*, 1958, p. 186. Al respecto, agrega CUELLO CALÓN: “Hoy se mira al criminal reincidente como a individuo perteneciente a una clase social determinada, con rasgos propios y característicos, como perteneciente a una clase social peligrosa contra la que la sociedad debe adoptar medidas de defensa”. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Madrid, Reus, 1920, p. 346.

²⁰⁴ PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 22.

En este contexto se realizaron variadas propuestas, desde puniciones indeterminadas, que sólo debían ser suspendidas cuando se produjera la cura “real” (aunque la doctrina era consciente de que no todos los individuos eran recuperables), hasta puniciones diferentes para casos similares, determinadas por el perfil del autor. Sin embargo, la fórmula considerada ideal para erradicar el «virus criminal» sería principalmente eliminando a aquellos seres nocivos para la convivencia social²⁰⁵, modelo que terminó volviéndose bastante popular en los años siguientes.

Al respecto, en lo que se refiere a los tipos de pena, FERRI sugería, de acuerdo con las características del delincuente y con el tipo de delito realizado, una escala de intervenciones que serían impuestas a través de medios preventivos (de higiene social), reparatorios o represivos (penas indeterminadas) y eliminatorios²⁰⁶. En cuanto a estos últimos, indicados en los casos de “criminalidad atávica”, condición considerada impropia para la convivencia social, la pena tendría por función “purgar el cuerpo social de los elementos no asimilables que constituirían un peligro continuo”²⁰⁷.

Para el citado autor, la función social de la pena ya estaba presente desde los tiempos primitivos²⁰⁸, aunque el castigo con fines de protección no debía ser

²⁰⁵ En lo que se refiere al tratamiento penal de estos individuos, señala MEZGER: “Las consecuencias político-criminales de esta doctrina son simples y de índole radical: si existe tal delincuente nato como determinada *species generis humani*, es preciso que se le elimine de toda comunidad social antes de que tenga ocasión de cometer un delito; el Derecho Penal clásico, que atiende al acto como fundamento de su intervención, se muestra frente a esta doctrina insuficiente y erróneo”. MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª. ed., T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1946, p. 77.

²⁰⁶ “Así, volviendo a nuestra comparación con la medicina biológica, en la medicina sociológica también, las grandes clases de medidas higiénicas (medios preventivos), de disciplinas terapéuticas (medios reparatorios y represivos), y de operaciones quirúrgicas (medios eliminatorios), constituyen el arsenal que permite a la sociedad hacer frente a la necesidad permanente de su propia conservación”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 164.

²⁰⁷ Sobre los medios eliminatorios, dice FERRI: “Tienden a hacer la reincidencia completamente imposible y deberían emplearse en los casos de criminalidad atávica, contra las acciones (homicidios calificados, violaciones, incendios, etc.), ya por el carácter de los individuos que las cometen (criminales natos, locos o habituales). Estos medios, tales formas de sanción, deben tener por fin, purgar el cuerpo social de los elementos no asimilables que constituirían un peligro continuo, y diferirán según los diversos caracteres fisio-psicológicos de los delincuentes; entre ellos están, la pena de muerte, relegada a un segundo término, los manicomios para los locos criminales y las colonias agrícolas”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 164.

²⁰⁸ “El paso que queremos hacer dar a la ciencia y a la legislación del derecho penal, constituye, pues, un nuevo progreso que procede de grados anteriores y viene a completar el ciclo evolutivo, facilitando al ministerio punitivo el carácter natural y espontáneo de pura función social, que tenía en

confundido con la venganza relacionada con la represión²⁰⁹. Al contrario, frente a tantas lesiones y agresiones repetidamente realizadas, la exclusiva finalidad de la punición sería la preservación de la sociedad, es decir, que la pena portaría el carácter de legítima defensa frente a los sujetos que pudieran amenazar la estabilidad de la colectividad²¹⁰.

PRINS también estaba de acuerdo con la idea de aplicar respuestas penales vinculadas a las características personales del sujeto. Para aquéllos considerados “normales”, el autor se manifestaba contrario a las sentencias indeterminadas. En este caso, entendía que la medida no sería adecuada a los principios que protegen las libertades de los individuos, precisamente porque su propia naturaleza abriría espacio para arbitrariedades y subjetividades por parte de los profesionales de la Justicia, difícilmente evitables, permitiendo al Estado un enorme poder de interferencia en la vida y en el futuro de los individuos²¹¹.

Sin embargo, y a pesar de dichos riesgos, PRINS entendía que la pena indeterminada sí sería aceptable para actuar frente a los delincuentes “anormales”. Al respecto, sostenía que, en muchos casos, no se podría prever la posibilidad de cura del sujeto o el tiempo que sería necesario hasta alcanzarla, lo que le llevaba a plantear que estos individuos demandarían la imposición de una sentencia abierta, que se revisaría de tiempo en tiempo, hasta la desaparición de las características que

su punto de partida, y que sólo, no lo olvidemos, es verdaderamente comprendido por la conciencia popular”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 39.

²⁰⁹ “Equivocadamente, en efecto, casi todos los criminalistas han comparado la verdadera defensa propiamente dicha con la represión social; porque ésta debe en realidad compararse a la reacción vindicativa del individuo primitivo contra las ofensas ya sufridas”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 45. Y continúa el autor: “Seguramente, la defensa social no es por completo la venganza personal, toda vez que ésta es la primera fase de una evolución que acaba con aquélla; es un *acto* individual y transitorio, que llega a ser una *función* colectiva y permanente, respondiendo a una necesidad permanente y colectiva también”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 46.

²¹⁰ “La sociedad, por el contrario, como organismo colectivo y permanente, sufre todos los días y a todas horas, en tal o cual parte de su conjunto, agresiones criminales continuas [...]. Se puede, pues, decir, sin exagerar, que para ella la agresión es siempre actual e inminente, que ella tiene verdaderamente para sus actos represivos esta condición fundamental de la legítima defensa: de suerte que sólo ejerce, lo repetimos una vez más, una función preservativa inherente a todo organismo social”. FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. 2, 1908, p. 47.

²¹¹ “La indeterminación de la pena no está en armonía con el conjunto de los principios de nuestro derecho público que, en materia represiva, procura salvaguardar la libertad individual del albedrío y, en la indeterminación de la sentencia de condena a una pena, sólo ve una supervivencia de las antiguas ‘cartas de prego’ y una ilimitada ampliación de los poderes de la administración”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 440 (la traducción es nuestra).

le llevaron a tal clasificación²¹². PRINS admitía así la posibilidad de lesión a los derechos de los “anormales”, pero señalando que ese riesgo inevitable sería un precio que habría que pagar para que la sociedad estuviera debidamente protegida de los seres amenazadores²¹³.

Por su parte, también de acuerdo con las medidas más extremas, GAROFALO observaba que para la sociedad, el sufrimiento resultante del castigo no es el único fin esperado de la reacción estatal, sino que también se valora positivamente la “eliminación del individuo inadaptable”²¹⁴.

Parece, por lo tanto, que GAROFALO no sólo estaba dispuesto a sostener, sino también a justificar esa eliminación. En efecto, haciendo uso de las teorías evolutivas tan debatidas en la época, afirmaba que dentro del universo biológico, la desaparición de los inadaptables sería una consecuencia natural, resultante de la incapacidad de los mismos para resistir las adversidades; sin embargo, en lo que se refiere a aquéllos cuya discapacidad se encuentra no en debilidades físicas, sino morales, tal selección debería realizarse artificialmente, es decir, debería ser decidida y empleada por los detentadores del poder con el objetivo de preservar el

²¹² “Ya se trate de los alienados irresponsables o de los defectuosos imperfectamente responsables, de la colocación en las prisiones-asilos o en las casas de preservación, la cuestión es la misma. El Estado se pregunta en qué medida debe preservarse de ellos, y sus escrúpulos no se calmarán pronunciando una detención previamente determinada. [...] La pena de duración siempre fija es la medida de represión que a los delincuentes normales conviene. La entrega a la disposición del gobierno, sin fijación de duración, es la medida de represión que a los delincuentes anormales conviene”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 442.

²¹³ “No queda duda de que la sentencia indeterminada, aplicada a los anormales, no aparta el peligro de la arbitrariedad, sino que implica aquella dosis de arbitrariedad inevitable a la que no cabe escapar en la vida libre”. PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, 1915, p. 442 (la traducción es nuestra).

²¹⁴ “No es, pues, el dolor el fin de la reacción exigido por el sentimiento popular, sino que la naturaleza de las cosas asocia siempre este dolor al fin verdadero que trata de conseguir, que es la eliminación del individuo inasimilable del medio ambiente en que se mueve”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 286.

cuerpo social²¹⁵. Y el único medio que sería idóneo y absoluto, a través del cual la eliminación podría realizarse plenamente, sería la muerte²¹⁶.

B. CRÍTICAS AL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

La propuesta lombrosiana, que inicialmente despertó un enorme interés en numerosos científicos y que se proponía, de una vez, acabar con toda duda acerca de los remedios contra el crimen, terminó cayendo en el ostracismo al ser comprobadamente sobrevalorada y, en muchos momentos, equivocada.

Como señala VON HENTIG, muchas de las acciones clasificadas por la sociedad como criminales están relacionadas con prácticas de origen primitivo y salvaje, reflejo de nuestros instintos animales, como es el caso de algunos delitos contra la propiedad, mencionados por el autor, cercanos a la antigua necesidad de obtener lo que se precisa, sin la preocupación de respetar a quien mantiene la posesión de la cosa²¹⁷. Sin embargo, eso no significa que todos los delitos mantengan esa relación con el pasado, ni los delincuentes con el hombre primitivo.

²¹⁵ “Es un principio biológico que el individuo desaparece cuando sus imperfecciones le impiden soportar la acción del medio ambiente. La diferencia entre el orden biológico y moral consiste en que en el primero, la selección se hace espontáneamente por medio de la muerte de los individuos que carecen de aptitud, mientras que en el segundo caso, siendo el individuo físicamente apto para la vida y no pudiendo vivir fuera del medio ambiente, al cual, sin embargo, no puede adaptarse, debe hacerse la selección *artificialmente*; es decir, por el poder social, que debe obrar como obra la naturaleza en el orden biológico”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 289.

²¹⁶ “El único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 267 (la cursiva pertenece al original). En ese sentido, GAROFALO destaca: “[...] es fácil advertir que lo que la sociedad desea realmente es, en primer término, *excluir de su seno á los criminales inasimilables, y después obligar al autor del delito á reparar, en cuanto sea posible, el mal causado*”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 280 (la cursiva pertenece al original). No obstante, el autor admite que la eliminación no sería indicada para todos los casos, en especial no para los menos graves. Al respecto, dice el autor: “Es cierto que la comisión de un delito no trae siempre consigo la necesidad de eliminar al delincuente. La represión puede tomar á veces, ya lo hemos dicho, la forma de una obligación á reparar la ofensa. Esto ocurre en los casos en que la anomalía psíquica es poco sensible y la ofensa tan ligera que la sociedad pueda permitirse una experiencia antes de declarar la carencia de aptitud del delincuente para la vida social y, por tanto, para librar de él á la sociedad”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 291.

²¹⁷ “Por *deshonestidad* entendemos la falta o la debilidad de cierto mecanismo inhibitorio, adquirido en largos períodos de evolución. Esas restricciones obran como frenos de la propensión natural de todos los seres vivos a tomar lo que tienen a su alcance y necesitan. La distinción *mío y tuyo* no es innata, como la distinción entre lo rojo y lo verde. La forma agresiva de nuestra relación con la propiedad es llamada *tendencia a adquirir*. Es un impulso hondamente arraigado, sólidamente

Por el contrario, la clasificación de esos hechos como prohibidos tiene más que ver con la necesidad del Estado de proveer una convivencia equilibrada entre los ciudadanos, para mantener alejado el estado salvaje anterior, lo que hace del crimen un fenómeno meramente social. Frente a tal realidad, pone de manifiesto VON HENTIG que siendo el hecho criminal determinado racionalmente por los miembros de una sociedad, no se podría hablar de predeterminación biológica, en la medida en que cada día nuevas acciones son entendidas como indeseadas y otras pasan a ser toleradas²¹⁸.

Además, no sería posible identificar a los probables delincuentes, ya que, aunque se estudie profundamente el perfil de los encarcelados, se debe considerar que muchos de ellos practicaron delitos de poca importancia, así como existen otros que no fueron apresados por la Justicia y que, por lo tanto, estando en libertad, no serían objeto del análisis. Esos factores convierten en imposible el desarrollo, con seguridad, de perfiles de delincuentes con alguna aproximación a la realidad, exentos de absurdos y prejuicios²¹⁹.

A pesar de estas críticas, del descrédito atribuido a su teoría y de las muchas fallas de su trabajo, puede decirse hoy que el papel de LOMBROSO en la evolución del Derecho penal fue relevante, en la medida en que dio origen a una nueva ciencia, que fue luego continuada y ampliamente desarrollada por numerosos autores²²⁰.

establecido, que cede sólo en algunos ejemplares de debilidad mental y de insania. Está presente en el niño pequeño, y no necesita ser adiestrado o fortalecido por la educación o el ejemplo". VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, trad. Abad de Santillán, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1948, p. 234 (la cursiva pertenece al original).

²¹⁸ "Sin embargo, se ha creado la confusión en esa solida certidumbre por la noción de la «antropología criminal». El delito es un fenómeno social. Somos nosotros los que determinamos qué es el delito. Suprimimos delitos y creamos delitos nuevos de un plumazo. El delito es relativo y sus características corporales fijas sólo pueden ser indirectas. En un crimen social variable, los rasgos físicos no indican necesariamente tendencias criminales". VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, 1948, p. 231.

²¹⁹ "Otra perturbación consiste en que no conocemos «al» criminal. Lo que podemos medir y lo que cuenta es un pequeño grupo seleccionado. [...] Pasamos por alto los períodos en que el proceso selectivo del Código penal es revertido. En tales momentos las ideas de algunos antropólogos parecen demasiado fantásticas. De un grupo escogido no puede ser desarrollado un tipo medio o un modelo general". VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, 1948, pp. 231 y 232.

²²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El criminalista*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 1943, p. 46. Además, acertadamente agrega MEZGER: "Pero todo esto no quiere decir que las sugerencias que Lombroso suministra a la ciencia de los delitos y de las penas no tengan valor alguno. Lombroso suscita el primero y con toda energía el gran problema, en parte aún por resolver, relativo al conocimiento del delincuente en su peculiaridad antropológica, o, mejor dicho, biológico-criminal, y a la adecuación finalista y consciente a esta peculiaridad de determinados medios en la lucha contra el delito".

Juristas posteriores que, con sus investigaciones, llevaron el análisis del hombre delincuente a nuevos niveles, teniendo en cuenta, cada vez más, factores con influencia en la práctica del delito, las innumerables variables sociológicas, económicas y políticas del medio en el que el delincuente está inmerso, además de los más diversos factores biológicos que potencian el impulso criminal, tanto en lo que se refiere a enfermedades físicas y mentales, como a lo que estos autores entendían como vicios y hábitos despreciables.

De una forma general, se atribuye al positivismo una cierta conexión con los movimientos humanitarios de la pena introducidos por BECCARIA siglos antes. Sin embargo, las posturas adoptadas por los positivistas fueron varias, y muy diversas, por lo que generalizar de esa manera equiparando los posicionamientos de sus numerosos autores al respecto no parece acertado. Así, aunque es verdad que algunos de ellos demostraban más interés y tolerancia respecto de los delincuentes con un contexto social desfavorable, también es cierto que otros sugerían, contra esos mismos individuos, medidas penales más severas. No obstante, no se puede negar que todos ellos estaban preocupados por la protección de la sociedad, aunque para ello fuera necesario someter al individuo amenazante a un definitivo alejamiento del medio social. Desde esta perspectiva, no se puede ignorar que incluso las posturas doctrinales más benevolentes contenían un cierto autoritarismo y una gota de crueldad expresados en el deseo de normalización de determinadas personas cuyas características personales eran completamente rechazadas. Individuos que perdían no sólo su libertad, sino el derecho de decidir libremente sobre la conducción de sus propias vidas.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, en cierta medida se puede observar además en las propuestas positivistas (formuladas en su mayoría por autores pertenecientes a las clases más altas) el prejuicio de la élite intelectual contra aquéllos cuyo comportamiento se diferenciaba del estándar, en muchos casos incluso como reflejo

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, 1946, pp. 77 y 78. En el mismo sentido, afirma VON HENTIG: "Con todas sus limitaciones, generalizaciones prematuras y conclusiones precipitadas, hay siempre un chispazo de genio en la obra de Lombroso. Incluso sus errores han estimulado nuestra reflexión y ensancharon nuestra visión. Algunas formas de delito son realmente respuestas «atávicas» de la vida moderna, soluciones supersimplificadas de conflictos intrincados. Algunos delincuentes presentan, en efecto, características de atavismo, parcialmente en su conducta, parcialmente en sus rasgos físicos". VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, 1948, p. 241.

de una vida construida en los márgenes de la sociedad, frente a las muchas dificultades y necesidades que la urbanización, la industrialización y el desarrollo económico traían consigo²²¹. Esos individuos precisaban ajustarse a la moral mayoritaria determinada por los detentadores del poder. Precisaban ser sometidos al control de sus voluntades y de sus impulsos a través del dominio de sus cuerpos, para que fueran útiles, ya sea a la economía, ya sea a la propia mecánica de poder.

Las propuestas positivistas insertaron en el universo jurídico penal la dicotomía entre el ser delincuente monstruoso, antagónico al delincuente moral, y el ciudadano común honesto, que trabaja con empeño en el desarrollo de la sociedad, en oposición a aquél que se dedica a destruir sus conquistas²²². Se trata, una vez más, de la contraposición entre nosotros y ellos, sin que se considere la complejidad de los comportamientos y de las circunstancias que se encuentran entre los perfiles más extremos²²³.

Ese entendimiento de dos clases de individuos, una dedicada al mal y otra al bien, es lo que conducirá a una nueva dicotomía relacionada con ésta: los ciudadanos, en primer plano y sus antagonistas, aquéllos que precisan ser excluidos,

²²¹ “Desde el punto de vista socioeconómico la criminología ha nacido en una sociedad preindustrial y capitalista para la cual los delincuentes pertenecían casi exclusivamente a las categorías menos favorecidas [...]. De otra parte, la mayoría de los autores de esta criminología pertenecían –y siguen perteneciendo– a las clases o a los grupos sociales privilegiados. Y es esta criminología de clase la que ha inventado la peligrosidad, la readaptación y, sobre todo, se ha servido de ellas como piedra de toque de la personalidad del delincuente”. LÓPEZ-REY, Manuel, “Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad”, trad. Joaquín Martín Canivell, en *CPC*, nº. 19, 1983, p. 20.

²²² Al respecto, dice CARELLI: “De aquí que el criterio distintivo de la delincuencia no es un criterio negativo, ó sea la negación de la conducta honrada, la contradicción de ésta. Las leyes fatales de la sociedad humana y el camino natural de ésta en su evolución son el término de comparación que distinguen de la misma manera las acciones honradas y las malvadas, los buenos ciudadanos y los verdaderos delincuentes”. CARELLI, Luis, “Los términos del problema penal”, Apéndice a Garofalo, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Edit., 1912, p. 564. En el mismo sentido, dice ASCHAFFENBURG: “El enorme ejército de los delincuentes vive más o menos a costa del ciudadano pacífico y honesto, que tiene que pagar todos los años la construcción de nuevas cárceles, reclusorios y casas de trabajo y proveer la manutención de los reclusos”. ASCHAFFENBURG, Gustav, *Crime e repressão*, 1904, p. 204 (la traducción es nuestra).

²²³ Críticamente al respecto se manifestaba VON HENTIG, entendiendo equivocada la oposición ciudadano-delincuente, ya que, como pone de manifiesto el autor, la complejidad de la sociedad y de las condiciones en las cuales están inmersos los individuos no permiten tal clasificación: “Pero esa generalización multiforme, la población, contiene los elementos más variados. Comparamos incorrecta y negligentemente masas enormes de hechos –poblaciones de diferente composición de edad, que viven en niveles económicos diferentes, que tienen un equipo distinto de inteligencia, y así por el estilo”. VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, 1948, p. 232.

a través de la sanción penal, enemigos de la sociedad (véase *infra*, capítulo segundo)²²⁴.

En realidad, como ya hemos mencionado la contraposición amigo-enemigo es anterior al positivismo, pero este movimiento termina, sin embargo, por legitimarla, intentando fundamentarla con base en una amplia argumentación científica que se propagó entre los académicos de diversas áreas del conocimiento, fundando las bases para la implantación de acciones extremadamente complejas y severas, que añadidas a las necesidades políticas del inicio del siglo XX, generadas por los conflictos bélicos mundiales, resultarían en brutales lesiones a los derechos y a la dignidad del hombre, criminal o no.

Es importante recordar, además, que la idea de protección social se asienta en el Derecho penal firmemente y pragmáticamente en este tiempo, aunque sus fundamentos ya estuviesen presentes desde BECCARIA, y que permanece, cada día más enérgicamente, en las discusiones penales hasta la actualidad. Segregación de los diferentes, eliminación del enemigo, aniquilación de los disfuncionales y peligrosos son elementos del discurso punitivo, tan comunes en los debates contemporáneos como en aquella época. Y esto aunque el potencial destructivo de ese discurso ya se hubiera percibido incluso entonces. Quien hoy argumenta en favor de un Derecho penal en esa línea extrema no puede alegar ignorancia cuando los males plantados den (como ya están dando) frutos igualmente perniciosos para el mantenimiento del sistema democrático. La historia parece cíclica. Y aunque ya deberíamos haber aprendido por qué camino no hay que seguir, ése es justamente por el que vamos.

²²⁴ FOUCAULT establece una relación entre la idea del enemigo, persistente ya en este tiempo, y la lógica de la necesidad de control y de la observación de este sujeto considerado amenazante. Al respecto, sostiene el autor: “Me parece que lo que es fundamental no es tanto el cambio en la conciencia de lo que es falta o crimen, no es esto lo que importa. Por supuesto que la teoría del crimen, la teoría del delincuente, ha cambiado. Se ve aparecer en la segunda mitad del siglo XVIII la idea de que el delincuente es el enemigo de toda la sociedad. Pero esto no basta para explicar los cambios profundos en la práctica real de la penalidad. Lo que me parece más fundamental todavía es ese poner vigilancia a la población plebeya, popular, obrera, campesina. La puesta bajo vigilancia general, continua, por las nuevas formas de poder político. El verdadero problema es la policía. Diría que, si usted quiere, lo que ha sido inventado a finales del siglo XVIII, a principios del XIX, es el panoptismo”. FOUCAULT, Michel, “A propósito del encierro penitenciario” (1973), en Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, 3ª. ed., Madrid, Alianza, 2012, pp. 93 y 94.

C. EL CORRECCIONALISMO

Llevando los planteamientos sostenidos por los positivistas a niveles más extremos, utilizando muchas de sus fuentes y acercándose aún más a la idea de normalización, el correccionalismo entiende que el delito es un hecho sintomático de las deficiencias psíquicas de quien lo cometió, por lo que su realización, necesariamente, demandaría cura urgente²²⁵. Para esta corriente, así como para la Antropología criminal, el delincuente es un ser inferior a los individuos considerados normales. Sin embargo, su inferioridad le convierte en una figura débil, casi infantil, incapaz de reaccionar contra las circunstancias que le conducen a la criminalidad²²⁶.

Esa incapacidad de proceder de acuerdo con la ley es lo que le confiere la prerrogativa de recibir tratamientos especiales administrados por aquéllos que “se hallan en un grado superior de educación”²²⁷, lo que, como sostiene RÖDER, correspondería a una “segunda educación”²²⁸ que debería mantenerse todo el tiempo durante el cual permanezcan las causas que llevaron al sujeto al comportamiento desviado²²⁹.

²²⁵ “Para el correccionalismo, el delito no es más que *un signo, un síntoma* del estado de anormalidad psíquica de quien lo comete; una prueba de su desarreglo moral, de la perturbación que su voluntad experimenta; un dato inequívoco que denuncia la necesidad de acudir prontamente por quien corresponda con el remedio, si no se quiere contribuir a la prolongación de una injusticia, necesariamente engendradora de otras posteriores”. DORADO MONTERO, Pedro, *Estudios de Derecho Penal Preventivo*, 1901, p. 56.

²²⁶ “Ahora, como el delincuente, por el hecho de serlo, ha demostrado no tener aptitud suficiente para regir por sí solo su vida de un modo racional, es decir, ha demostrado encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a los individuos no delincuentes, *necesita* que aquellos de entre estos que dispongan de medios á propósito los empleen en su beneficio, tiene, pues, *derecho* á estos medios; como el poseedor ó poseedores de los medios están *obligados* a prestárselos á quien ha menester de los mismos, so pena de faltar á la justicia y de no cooperar como deben al cumplimiento de los fines, así individuales como sociales”. DORADO MONTERO, Pedro, *Estudios de Derecho Penal Preventivo*, 1901, pp. 56 y 57.

²²⁷ “De aquí, que todo procedimiento *verdaderamente justo* respecto de un infractor del Derecho, lleva en sí necesariamente el carácter de una *tutela* confiada á individuos ó á asociaciones que se hallan en un grado superior de educación por lo que toca á la justicia de su voluntad”. RÖDER, Cárlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, pp. 239-240.

²²⁸ RÖDER, Cárlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 239.

²²⁹ “En virtud de lo cual, á todo aquel que se muestra inclinado á la injusticia, y por esto mismo incapacitado para hacer buen uso de una completa libertad exterior y de su derecho á ella, *hasta donde* por su delito muestra *efectivamente* este sentido, y no más allá, pues nunca hombre alguno puede merecer la pérdida de *todo* su derecho y convertirse en mera cosa, debe considerársele privado de este derecho, es decir, como *casi menor de edad en este respecto*, y necesitado de una *segunda educación*, mientras no se destruyan de un modo inequívoco las causas de su injusticia –su falta (ó torcida dirección) de conocimiento, sentimiento y voluntad jurídicos– y no se capacite de esta

En búsqueda de la respuesta penal ideal, RÖDER consideraba críticamente que las penas graves –es decir, capital y prisión perpetua– sólo reflejan el interés del Estado en su autoconservación²³⁰, y ello a pesar de que los castigos comunes, cuyo rigor se aplicaba por igual a todos los delincuentes, sin individualización, no conseguían conducir al sujeto inferior a un estado de mejora de sus deficiencias, sino que, al contrario, terminaban convirtiéndose en puniciones recurrentes que llevaban a una secuencia de hechos, castigos, reincidencia y nuevas condenas²³¹. Por lo tanto, para ese autor la única pena justa sería aquella cuyo contenido actuase de forma positiva sobre “el ánimo del penado, en su pensamiento, sentimiento y voluntad”²³².

Desde estos planteamientos, el correccionalismo propone un sistema de consecuencias jurídicas abiertas, sin duración determinada, cuya flexibilidad se modelaría de acuerdo con las necesidades de cada uno y, en vez de dirigirse a la generalidad, como proponían otras teorías preventivas, se dirigiría exclusivamente al condenado, considerando sus circunstancias y características personales²³³.

Para RÖDER la pena es un bien, aunque el condenado no la perciba como tal, así que la percepción negativa por parte de éste es sólo una “cosa *accidental* y subordinada”²³⁴. En palabras de este autor, la pena es como un medicamento que, a

suerte para su completa libertad exterior mediante la interior (moral) libertad alcanzada: ó en otros términos, mientras no se haya corregido”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 239.

²³⁰ “En las últimas, ve esta teoría solo la obra del más miope egoísmo del Estado, que pretende alcanzar su conservación y bienestar por medios que contradicen tan ciertamente á una y a otro, como á la realización del Derecho, que es su misión, y cuyo cumplimiento no se concibe siquiera en la oposición hostil, sino en la completa armonía del todo y sus miembros”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, pp. 244-246.

²³¹ “Proceder impío, que para nada se cuida de humanizar al criminal, despertando y favoreciendo en él mejores impulsos y reconociéndolos eficazmente no bien se manifiestan; y á mayor abundamiento, peligrosísimo para la paz jurídica, tanto más, cuanto que muchas veces sólo produce el empeoramiento de aquel durante el tiempo de su encierro, por más que, *en realidad* y por regla general, sobre todo si la condena es de muchos años, ésta se transforma en perpetua, merced á las continuas reincidencias que semejantes penas traen consigo”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, pp. 246 y 247.

²³² RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 256.

²³³ RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, pp. 247-249.

²³⁴ RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 255.

pesar de su desagradable sabor, lleva a la cura²³⁵. Y para alcanzarla eficazmente, esta corriente propone una investigación completa de las circunstancias del sujeto, ya que el delito no sería un hecho aislado, sino un síntoma de sus defectos²³⁶.

En lo respecta al medio por el que se alcanzaría la corrección, QUINTILIANO SALDAÑA sostenía que la pena, por su propia naturaleza, siempre lleva al fin retributivo y por lo tanto está más comprometida con la satisfacción moral a la sociedad por el crimen realizado, que con cualquier contenido preventivo, aunque sea un castigo fundado en el argumento de la defensa²³⁷. Para este autor, si la pena preventiva combina tanto la respuesta moral al hecho, como la prevención de nuevos delitos, no es posible mantener un equilibrio entre ambos fines, sino que sistemáticamente se favorecerá al primero porque la pena jamás perderá su fin represivo²³⁸. Por lo dicho, las medidas de seguridad tampoco podrían combinarse con las penas, porque la esencia de éstas se transmitiría a aquéllas, lo que las transformaría en castigo, alejándolas del contenido educativo²³⁹.

²³⁵ “[...] sólo que nosotros, en ese medicamento del alma, y prescindiendo de su sabor amargo, no vemos más que un beneficio para el enfermo moral, toda vez que favorece el restablecimiento de su salud interior y por tanto su propio bien”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 245, N. 2.

²³⁶ De acuerdo con RÖDER, la pena correccional no “[...] pretende estimarlo por un hecho aislado como tal y sin más, en vez de juzgar este hecho meramente como una manifestación y evidente testimonio de la perversión que existe en la armonía racional de sus facultades, cuya perturbación no puede conocerse con plena claridad en toda su raíz, ni por tanto repararse y corregirse cual es debido, sino en relación con toda la vida anterior y posterior del sujeto”. RÖDER, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones...*, 1876, p. 250.

²³⁷ “Empero, si penas son aplicadas, todavía, no es tanto para defenderla, la sociedad, como para dar a ella «satisfacción». Lo reclaman: la víctima y su familia, compañeros, conciudadanos, compatriotas, la humanidad. Tal es, entre los fines penales, el de satisfacción moral, que la opinión demanda. Regocijada experiencia del ajeno castigo. Y no hay que hacerse ilusiones, en este respecto. Cuando se habla de «pena-defensa», empléase una fórmula antinómica. A quien se defiende no es lícito castigar; quien castiga, ni siquiera sueña defenderse”. QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1ª. ed., Madrid, Librería y casa editorial Hernando, 1931, p. 36. Y continúa el autor: “La pena, si defiende a la sociedad, no es en modo alguno por su fin, sino por sus resultados”. QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1931, p. 37 (la cursiva pertenece al original).

²³⁸ “Así, la pena-castigo, aun mezclada con medidas, sigue siendo pieza del viejo dispositivo moral, de la Justicia vindicativa; mientras que la medida de seguridad, aunque se alíe con penas, jamás pierde su carácter amoral, por el fin –sólo moral por los resultados. Luego no se trata –como quiere FERRI– de sustituir la pena-castigo por la «pena defensa (para los delincuentes más peligrosos) y por la pena-educación (para los menos peligrosos y más frecuentes)»; que éstas realizan, como penas que son, una función directa, sólo represiva, y sólo aspiran a un fin retributivo”. QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1931, p. 40.

²³⁹ “A su inconsciencia, tal vez, esas penas, que se esfuerzan por parecer defensivas y educativas, no son más que disfrazadas formas del eterno castigo, de Dios y de los hombres. Son castigos cultos.

Como solución, y en todo caso sosteniendo intervenciones plenamente correccionales, QUINTILIANO SALDAÑA se manifiesta a favor de la sustitución de la pena, como consecuencia jurídica del delito, a favor de la exclusiva imposición de las medidas de seguridad, cuyo fin se establece precisamente en el argumento defensivo, lo que debería incluir no sólo el tratamiento de los enfermos mentales, sino de toda la generalidad de delincuentes²⁴⁰.

Críticamente, GAROFALO, partidario como hemos visto de la determinación del sujeto al delito por la degeneración hereditaria, entendía cuestionable la eficiencia de la educación en la prevención de la criminalidad, especialmente al respecto de las posibilidades de transformación reales de aquellos sujetos privados de sentimientos morales. Para este autor, no sería posible a través de la punición ni modificar los defectos que llevan a la clasificación del individuo como peligroso, ni anular sus instintos negativos ni adoctrinarlo en valores y sentimientos. Ni siquiera a través de intervenciones penales a largo plazo. Y ello porque entendía ineficaz la repetición de conceptos morales a un individuo instintivamente malo. Aunque el sujeto fuera capaz de comprender lo que se tratara de enseñársele, incluso aunque fuera capaz de percibir las consecuencias penales de los comportamientos discordantes, sus deseos de seguir a través del camino del crimen serían siempre más fuertes y dominadores y prevalecerían sobre cualquier racionalidad²⁴¹. El medio, incluso respecto de individuos con alguna capacidad educacional, sería además una fuerte influencia en favor del comportamiento criminal, y el tratamiento, por más humanizado y curativo que fuera, no podría solucionar el hecho de que finalmente el individuo tratado volvería al mismo medio²⁴². Y aunque este autor admitía una cierta

Fenómenos de totemismo invertido, diríanse fieras enmascaradas con figuras de hombres". QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1931, p. 40.

²⁴⁰ "Proponemos que el concepto penal de seguro –idea normativa de protección social contra enfermos mentales peligrosos– se generalice, frente a los delincuentes. Pedimos la *generalización anticriminal del principio de Seguridad*". QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1931, p. 43 (la cursiva pertenece al original).

²⁴¹ "Á un delincuente adulto privado de una parte del sentido moral, el instinto de la piedad, pretendemos inculcarle este instinto por medio de la enseñanza, es decir, repitiéndole que uno de los deberes del hombre es ser compasivo, y que la moral prohíbe hacer el mal a nuestros semejantes, con otra porción de hermosos principios". GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 154.

²⁴² "La educación, en cuanto sólo representa enseñanzas, es de un efecto nulo ó casi nulo, si el medio sigue siendo el mismo; es decir, si el criminal, después de cumplir su pena, vuelve al mismo medio

relevancia de la educación en la mejora del individuo, tomando como referencia un sujeto defectuosamente formado en su esencia no creía posible conseguir con ella la completa anulación de sus “instintos perversos”²⁴³.

Ése termina siendo el principal argumento de GAROFALO en contra de las teorías que buscaban la recuperación del individuo a través de la educación. Como añade el autor, para poner en práctica una terapia moral de tanta magnitud, dedicada a la corrección de millares de delincuentes, sería necesario un inmenso número de funcionarios extremadamente comprometidos con los resultados a alcanzar, además de una gran inversión por parte del Estado para mantener tan compleja estructura²⁴⁴. Como veremos en el capítulo segundo, esas críticas, entre otras muchas, serán reconducidas a los debates político-criminales en las últimas décadas del siglo XX, desde el momento en que empezaron a llevarse a cabo análisis más complejos respecto de las propuestas resocializadoras, cuyos fines correctivos tendrán algunas similitudes con la teoría que ahora tratamos.

En este punto, y sin perjuicio de lo ya expuesto acerca de las propuestas positivistas y correccionalistas, es importante poner de relieve que, a pesar de sostenerse la necesidad de que el Estado interviniera en la educación y en las condiciones de vida del individuo, de promoverse la corrección del sujeto o la

que ocupaba antes”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 157.

²⁴³ “Lo que sí se puede afirmar seguramente, es que la influencia hereditaria en los instintos morales *está demostrada*, mientras que la de la *educación es dudosa* si bien *probable* siempre que se tome en el sentido de *ejemplos* y de *costumbres*, de que se la considere cada vez *más débil á medida que la edad adelanta* y que se le conceda tan sólo una acción *capaz de modificar* el carácter, es decir, que puede disminuir pero no extirpar los malos instintos que quedarán siempre latentes en el organismo psíquico”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, pp. 148 y 149. Y continúa el autor: “[...] y un tipo aparte del carácter es el del hombre que carece de los sentimientos morales más elementales; es un defecto orgánico que nace de la herencia, del atavismo ó de un estado patológico. ¿Cómo, pues, suponer que influencias exteriores puedan reparar este defecto congénito? [...] no es esto negar el poder de la educación. ¿Quién puede dudar de sus prodigios, cuando se trata de perfeccionar un carácter, de hacer más delicados los sentimientos ya existentes, de pulir el diamante, en una palabra? Lo que no puede reconocérsele es el poder de sacar algo de la nada”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, pp. 150 y 151.

²⁴⁴ “La idea de aplicar semejante terapéutica moral á muchos miles de criminales, es prácticamente una utopía ¿no se necesitaría colocar al lado de cada presidiario una especie de ángel custodio? Las personas que hubieran de desempeñar ese destino, deberían hallarse dotadas de las cualidades más nobles, que son las más raras en el hombre, la paciencia, la vigilancia, la severidad, y a la par, de un conocimiento profundo del corazón humano, deberían ser instruídos y tener valor para sacrificarse”. GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, 1912, p. 152.

necesidad de mejora del hombre en conjunto con la de su medio, lo cierto es que en realidad en este momento histórico, el “tratamiento” penitenciario aún no parecía tener absolutamente ningún contenido distinto del de la mera contención.

En definitiva, por lo que se puede deducir, la teoría correccionalista contiene un enorme deseo de actuar, corregir y, principalmente, controlar, de forma amplia y compleja, las numerosas variables que actúan en las circunstancias de un individuo que termina por cometer un delito. Lo que, a nuestro entender, significa limitar o incluso restringir por completo toda libertad de autodeterminación, de comportamiento y de decisión respecto a la conducción de su vida y frente a sus referencias culturales y sociales. Es la fabricación en serie de individuos cuyo comportamiento sólo sería aceptable si se correspondiera al estándar valorado por el Estado.

Desde nuestro punto de vista, parece irrefutable que la dinámica de control de determinados sectores poblacionales que se posicionan en contra de los valores y de la moral determinada por las capas sociales más altas, forma parte de un proyecto de poder del que nos ocuparemos en el capítulo tercero.

V. VON LISZT

Fue VON LISZT, a finales del siglo XIX, el primero que trajo a la discusión un nuevo programa, más completo y radical, totalmente inmerso en la cultura positivista, orientado al futuro, una vez que veía la retribución como una respuesta penal primitiva²⁴⁵. El autor, partidario de la prevención especial²⁴⁶, sugería que el Derecho penal, debiendo dirigirse a los delincuentes y no a los delitos, pasase a

²⁴⁵“Como el animal, el hombre primitivo reaccionaba frente a las perturbaciones externas, tanto si eran provocadas por un ser animado dotado de inteligencia o irracional, como si tenían su origen en la actuación de las fuerzas naturales. Como en el caso de los animales, tiene lugar de este modo la reacción como autoafirmación por medio de la destrucción o la lesión de quien se percibe como causante de la perturbación. Por mucho que la paulatina civilización haya podido contener la reacción instintiva, ésta vela por la satisfacción del instinto en un camino indirecto: todavía en nuestros días el instinto reprimido rompe con un ímpetu primitivo los límites trazados por la sociedad con la «la ley de Lynch»”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995, pp. 52 y 53.

²⁴⁶“La corrección, la intimidación y la inocularización son efectos inmediatos de la pena, que se encuentran (sic) inmersas en las fuerzas del instinto y por medio de las cuales se consigue la protección de los bienes jurídicos”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 81 (la cursiva pertenece al original).

comprometerse con la disminución de conflictos futuros, estableciendo tratamientos jurídicos diferentes, ajustados al perfil del individuo. Y así, recomendaba corrección para los corregibles, incapacitación para los incorregibles e intimidación para los que no necesitan de corrección (precisamente, los delincuentes ocasionales)²⁴⁷.

Ideológicamente, la finalidad de la pena propuesta por VON LISZT buscaba no sólo su aplicación dentro de parámetros utilitarios, sino también que su resultado llevase a la disminución de la delincuencia a través del control del sujeto, principalmente en lo que se relacionaba con la delincuencia habitual, por eso la necesidad de ajuste del contenido aflictivo de la pena a la personalidad del autor y no al delito por él realizado.

Para ese autor, la idea del fin como orientadora de la reacción estaba relacionada con el progreso no sólo del individuo, sino también de la Humanidad, probablemente porque para él la reacción instintiva, primitiva, representaba un momento histórico que ya no correspondía a su tiempo. Si la pena evoluciona en el transcurso de los siglos, aquel modelo basado en la venganza ya no tenía sentido, así que sería la idea del fin lo que establecería la diferencia entre la acción movida por la mera venganza, de la acción voluntaria, entendiéndose ésta como más adecuada²⁴⁸.

Desde luego, el fin ideal sería aquél que trasciende la voluntad del individuo para adecuarse al interés de la colectividad, que se aleja de la acción primaria como respuesta inmediata a la agresión y se coloca en una posición de superioridad en la búsqueda de la realización de un objetivo macro²⁴⁹.

²⁴⁷ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 83.

²⁴⁸ “Todo progreso en el desarrollo espiritual tanto del individuo como de la humanidad radica en que la acción instintiva se transforme en acción voluntaria; es decir, en el hecho de que se descubra la adecuación al fin de la actuación instintiva y la representación del fin se constituya en motivo de la acción. La idea del fin es la que diferencia la acción voluntaria de la conducta instintiva”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, pp. 62 y 63.

²⁴⁹ “En cuanto el fin se reconozca con más claridad; en cuanto más perfecta sea la adecuación al mismo de la acción; en cuanto se propongan fines más lejanos en lugar de los más cercanos y directos; y finalmente, cuanto más se subordine a un fin superior –que acaso trascienda el propio ser del individuo– la totalidad de las acciones con todos sus actos parciales, tanto más perfecto será el desarrollo hacia este último objetivo. La adhesión plena de la voluntad individual a la voluntad general ha de proponerse como ideal, pero precisamente por ello no es un presupuesto ya existente”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 63.

Tomando como referencia la opinión doctrinal mayoritaria de entonces, entendía VON LISZT que debían ser castigadas aquellas acciones que perturban la vida social. Por lo dicho, señala el autor que no hay, de hecho, diferencias entre los ilícitos civil y penal, aunque la idea del fin termine por ser la responsable de establecer lo que las distingue²⁵⁰. Y es exactamente ésta la que determina la medida de la pena, o como él lo describe, el “contenido y extensión, forma de la pena y amplitud de la misma”²⁵¹.

En cualquier caso, la pena absoluta no sería completamente opuesta a la preventiva, sino parte esencial de ésta: la metafísica sería importante para fundamentar la sanción, su razón de existir, aunque no fuera la teoría más adecuada para orientar la determinación de la medida de la reacción penal²⁵², razón por la cual la Ley del talión, extremadamente relacionada con la retribución instintiva y propuesta por KANT como parámetro punitivo, sería considerada inaceptable por VON LISZT²⁵³.

Para VON LISZT, el castigo justo, que de una forma o de otra siempre implica coacción²⁵⁴, es el necesario para alcanzar el fin de protección de los bienes jurídicos, aunque para ello fuera preciso lesionar otros bienes jurídicos, en este caso,

²⁵⁰ “[...] aquellas acciones que aparecen como perturbaciones de las condiciones de vida de un pueblo en un determinado momento, han de quedar sancionadas con una pena. No existe una diferencia de naturaleza entre la ilicitud civil y la ilicitud penal, sino que la idea del fin traza por sí misma la línea fronteriza”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 69.

²⁵¹ “El hecho de que, desde nuestro punto de vista, la determinación de la medida de la pena (contenido y extensión, forma de la pena y amplitud de la misma) sólo pueda derivarse de la idea del fin no requiere ninguna justificación ulterior”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 69.

²⁵² “Una fundamentación metafísica puede y debe explicarnos el hecho empírico de la pena, y mostrar lo esencial y lo invariable en sus manifestaciones cambiantes. Sin embargo, no hemos de pensar en la idea metafísica como si se tratara de una vara de medir. Esa idea metafísica no puede decirnos –y no tiene que proponerse hacerlo– si al autor concreto de un delito en particular le corresponden cinco años de prisión o diez años de reclusión, seis semanas de arresto o mil marcos de multa”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 70.

²⁵³ “Es cierto que KANT trató de hacerlo. Pero su intento fracasó y estaba destinado al fracaso. La Ley del Talión ha supuesto el límite de una reacción desenfrenada y ha representado un papel significativo como símbolo de la retribución. Pero no puede proporcionar un principio de determinación de medida de la pena, y en ello hoy existe un acuerdo unánime”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 70.

²⁵⁴ “La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del autor del delito, cuyos bienes jurídicos lesiona o destruye, pues en ellos se ha personificado su voluntad”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 80.

específicamente del penado²⁵⁵. Por ello, la justicia sería la realización de la pena determinada por el objetivo vinculado a su fin²⁵⁶.

El citado autor atribuye a la coacción indirecta o psicológica (lo que no debe confundirse con el modelo de FEUERBACH)²⁵⁷ la función de llevar al responsable a abandonar la práctica de nuevos delitos, ya sea porque la punición le sometería a un tratamiento correctivo a través del cual se le implantarían o reforzarían ideas altruistas de respeto a la legislación y a la sociedad, ya sea porque la experiencia de la pérdida de la libertad despertaría sus sentimientos egoístas (preservación de la libertad y de los placeres proporcionados por ella), lo que corroboraría el fortalecimiento de ideas de respeto a la ley, con el objetivo de evitar nuevas condenas²⁵⁸. Pero VON LISZT sugería también que la naturaleza de la pena pudiera determinarse por la mera fuerza (coacción directa) que representaría el “secuestro del autor del delito”, es decir, la incapacitación de aquéllos que no merecieran convivir libremente en la sociedad. En este caso, la pena sería una “selección artificial de los individuos socialmente inidóneos” que perduraría de forma transitoria o permanente²⁵⁹.

²⁵⁵ “La idea del fin, sin embargo, requiere la adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su empleo. Este impulso tiene plena vigencia respecto a la pena en particular, pues es una espada de doble filo: la protección de bienes jurídicos a través de la lesión de bienes jurídicos”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 78.

²⁵⁶ “La pena correcta –es decir, la pena justa– es la pena necesaria. Justicia en el Derecho penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través de la idea del fin. Del mismo modo que la pena impuesta por el Derecho tuvo su origen como autolimitación del poder de imponer penas mediante la objetivación, alcanza su perfección última mediante el progreso de la objetivación. *La vinculación total del poder de imponer pena a la idea del fin es el ideal de la Justicia penal*”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 78 (la cursiva pertenece al original).

²⁵⁷ “La pena proporciona al autor del delito los motivos que a él le faltan que son los idóneos para disuadirle impidiendo la comisión del delito, e incrementa y fortalece los motivos ya existentes”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 80.

²⁵⁸ Para VON LISZT, en la motivación mediante la corrección la pena trabajaría en la “implantación y fortalecimiento de motivos sociales y altruistas” y en la intimidación, “a través de la implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en los efectos con los motivos altruistas”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 81.

²⁵⁹ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 81. Una vez más, la analogía de la selección natural darwiniana es utilizada para justificar la imposición de la pena a los inadaptados. Como ya mencionamos anteriormente, GAROFALO justificaba la existencia de “instintos criminales natos” en la “selección en sentido inverso” que destruiría las características buenas del individuo y favorecería las malas, que quedarían más evidentes.

Hay que tener en cuenta que la pena para VON LISZT –esencialmente preventivo-especial en la medida en que siempre actuaría mediante la punición y sus efectos alcanzarían solamente a los sometidos a ella– podría variar en su finalidad de acuerdo con las características individuales de cada sujeto, ya que para que fuera posible conseguir el fin perseguido –el respeto a la ley y en consecuencia la protección de bienes jurídicos–, se requeriría un contenido punitivo diferente para cada perfil de delincuente²⁶⁰. Y para acomodar la estructura punitiva diseñada por él, la privación de libertad, más flexible para acoger las mencionadas variables, sería la solución prioritaria dentro del sistema penal²⁶¹.

El hecho de que VON LISZT propusiera aplicar la corrección, la intimidación y la incapacitación respectivamente a los corregibles, a los que no necesitan de corrección y a los incapaces de corrección²⁶², establecía un puente entre la pena como defensa y la individualización de la respuesta penal en función de las características personales del sujeto²⁶³.

Los delincuentes más peligrosos, los que más preocupaban a los intelectuales de finales del siglo XIX eran los habituales, considerados incorregibles y enemigos del orden social. Contra ellos, los positivistas concentraron toda su energía, creyendo

²⁶⁰ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 81. VON LISZT admitía la existencia de otros efectos de la pena, que él denominaba “efectos reflexivos”. Entre ellos, el único que merecería ser mencionado es el de la amenaza a la generalidad, porque entendía que las penas intensifican los motivos que impiden el delito advirtiendo e intimidando. Sin embargo, VON LISZT consideraba estos efectos de menor relevancia y los dejaba a un lado, porque para él “la cuestión no reside en la existencia de un imperativo del Estado, sino de una pena estatal, y la amenaza de la pena es sólo un imperativo intensificado”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 81.

²⁶¹ “El valor de un sistema penal concreto depende de la seguridad y de la elasticidad con la que se haga posible la consecución de cada uno de estos fines. [...] Sin duda, la pena privativa de libertad está llamada a ocupar el primer y más eminente lugar en el sistema penal, precisamente porque es más apropiada que ninguna otra para acomodarse a cada uno de los fines de la pena”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 82.

²⁶² VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 83.

²⁶³ “Si el Derecho tiene como misión principal el amparo de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene como misión peculiar LA DEFENSA MÁS ENÉRGICA DE LOS INTERESES ESPECIALMENTE DIGNOS Y NECESITADOS DE PROTECCIÓN, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), trad. Luis Jiménez de Asúa, T. II, 4ª. ed., Madrid, Reus, 1999, p. 9 (las mayúsculas pertenecen al original). Y continúa el autor: “El efecto que se desea conseguir sobre el *delincuente* (la prevención especial) determinará, en particular, la naturaleza y la extensión de la pena. La exigencia de la política criminal se dirige a utilizar, en lo posible, la aptitud de la pena como medio adecuado al fin, y a adaptarla a las necesidades del *caso particular*. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, p. 10 (la cursiva pertenece al original).

firmemente que era posible crear una fórmula que los contuviera a todos, teniendo en cuenta que atribuían a esta categoría el crecimiento de las tasas de criminalidad como una enfermedad que se convierte en epidemia. Y para VON LISZT no era diferente. Los criminales que más temía y contra los cuales dirigió las penas más duras de su repertorio eran precisamente los habituales²⁶⁴, sin olvidarse, además, de aquéllos en que se notara una “criminalidad arraigada” (delincuente por naturaleza), aunque sin necesidad de “reincidencia repetida”²⁶⁵, sujetos de los que creía que la sociedad necesitaba protegerse.

En ausencia de un modelo punitivo más eficiente, la solución parecía ser el alejamiento de estos sujetos por medio del internamiento penitenciario con duración perpetua o indeterminada²⁶⁶. En su caso, esta pena sería impuesta por la realización de “aquellos delitos que son consecuencia de los más intensos y primitivos instintos del hombre”²⁶⁷ y debería ser cumplida en establecimientos específicos, en donde se utilizaría su fuerza de trabajo. Sin embargo, el autor era consciente de que podrían darse errores judiciales, por lo que agregaba que la esperanza de la libertad no debería desaparecer²⁶⁸, aunque la posibilidad de excarcelación sería excepcional.

En lo relativo al segundo grupo, los delincuentes que necesitan de corrección, VON LISZT sostenía que éstos también estarían inmersos en la habitualidad, sin

²⁶⁴ “La lucha enérgica contra la delincuencia habitual es una de las tareas más urgentes de la actualidad. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 83.

²⁶⁵ “En el momento en que el acto del delincuente revele una inclinación criminal arraigada («delincuente por naturaleza»; *état dangereux*) se necesita asegurar el orden jurídico mediante la INOCUIZACIÓN del delincuente. [...] La inclinación criminal arraigada no precisa una reincidencia repetida, sino que puede ya manifestarse indudablemente en el primer delito enjuiciado por los tribunales, especialmente en el carácter profesional de la ejecución”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, pp. 23 y 24 (las mayúsculas pertenecen al original).

²⁶⁶ “La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la *cadena perpetua* (o, en su caso, por un tiempo indeterminado)”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 86.

²⁶⁷ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 87.

²⁶⁸ “De todas formas, no hace falta cerrar la puerta a toda esperanza de un retorno a la sociedad. Siempre queda la posibilidad de un error del juez. Pero aunque la esperanza no debería desaparecer totalmente, la excarcelación sólo podría tener lugar en circunstancias excepcionales”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 88.

embargo serían aún principiantes (“criminal de estado incipiente”)²⁶⁹. El autor creía que para este tipo de delincuentes aún había esperanza de modificación de su comportamiento a través de penas prolongadas, de un año, mínimo, hasta cinco como máximo, tiempo durante el cual le sería impuesta una “educación severa”²⁷⁰, con el objetivo de extirpar su predisposición criminal²⁷¹. Es importante mencionar que para este autor, las penas de corta duración eran contraproducentes para el tratamiento correctivo, de modo que, aunque la culpabilidad demandara una pena corta, sería más eficiente de cara a alcanzar el fin buscado la aplicación de una pena más larga²⁷². No obstante, recomendaba también, para algunos casos, la sustitución de la privación de libertad por otras medidas de menor gravedad, como la imposición de trabajos forzados sin reclusión, reprensión, prohibición de frecuentar determinados sitios, etc.²⁷³

El tercer y último grupo estaría formado por los delincuentes ocasionales contra los cuales la imposición de la pena tendría el fin de “restablecer la autoridad de la ley que se ha infringido”²⁷⁴. Se trataría de individuos que seguramente

²⁶⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, p. 25.

²⁷⁰ “La delincuencia habitual procede también de individuos necesitados de corrección, que, aunque propensos por una predisposición hereditaria o adquirida, todavía no están perdidos sin salvación posible. [...] Estos principiantes en la carrera de la delincuencia podrían ser puestos a salvo en muchos casos, pero sólo con una educación severa y prolongada”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 88.

²⁷¹ Para VON LISZT, si el acto revela una inclinación al crimen aún no arraigada, pero en vías de desarrollo («criminal de estado incipiente» o *angehender Zustandverbrecher*), “debe intentarse, por medio de una pena duradera y enérgica, extirpar la predisposición criminal [...]. El buen resultado de esta actuación no es imposible, especialmente cuando se trata de delincuentes profesionales aún jóvenes”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, pp. 25 y 26.

²⁷² “En mi opinión, las penas privativas de libertad incluidas aquí deberían tener siempre una duración mínima, que no podría bajar de un año. No existe nada tan desmoralizador y absurdo como nuestras penas privativas de libertad de corta duración empleadas contra los aprendices en el camino del delito. Cuando la sociedad traslada aquí de algún modo el aspecto fundamental a la culpabilidad, fracasa con un futuro delincuente habitual”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, pp. 88 y 89.

²⁷³ “Lo que caracteriza el comienzo del movimiento de reforma es LA LUCHA CONTRA LAS PENAS CORTAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, dominantes en nuestra jurisprudencia penal actual, que en la forma en que hoy se aplican ni corrigen, ni intimidan, ni inculcan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen. De aquí resulta la perentoria exigencia, a menudo extraviada, de reemplazar en lo posible las penas cortas de privación de libertad con otras medidas (trabajos forzados sin reclusión; penas que vayan principalmente contra el honor [*Ehrenhauptstrafen*], principalmente la reprensión; además prohibición de frecuentar establecimientos de bebidas [*Wirthausverbot*], arresto domiciliario [*Hausarrest*]; hasta pena corporal [*Prügelstrafe*], o devolverlas (sic), por agravación, su fuerza intimidante”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, p. 20 (las mayúsculas y la cursiva pertenecen al original).

²⁷⁴ VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 90.

cometieron el delito por una casualidad, un motivo exterior, que no se repetirá o respecto de los cuales la probabilidad de reincidencia es muy baja²⁷⁵.

En general, como pone de manifiesto FERRAJOLI, la teoría del fin de VON LISZT, como la mayoría de las propuestas positivistas, presenta elementos clasistas y adolece de prejuicios ante los trastornos provocados por las cuestiones sociales y económicas de la época (como ya mencionamos *supra*), y está fuertemente vinculada con el modelo liberal conservador, defensor de la preservación de la estructura social existente y que en nada favorecía a las clases más bajas²⁷⁶. En este mismo sentido se manifiesta ZAFFARONI, quien sostiene que las diferencias entre los diversos castigos y categorías de delincuentes se relacionarían más con el nivel de identificación entre estos actores y las clases sociales en el poder (iguales, muy iguales y extraños)²⁷⁷.

Ese prejuicio, de un modo o de otro, se evidenciaba tanto por las propias palabras de VON LISZT, cuando hace referencia a los perfiles molestos de la época (vagabundos, ebrios, prostitutas, etc.), como también en las ideas expresadas por otros numerosos autores, algunos ya citados anteriormente, que argumentan que frente a determinados individuos inútiles e innecesarios, diferentes de nosotros, malos, monstruos, la segregación es el medicamento que debe ser administrado²⁷⁸. Y

²⁷⁵ “En su caso, el peligro de una repetición frecuente de realización de hechos punibles es mínimo, y la corrección sistemática no tiene razón de ser. La pena debe aquí exclusivamente restablecer la autoridad de la ley que se ha infringido. En estos casos, la pena debe ser intimidación, advertencia hasta cierto punto contundente, «escarmiento» para los instintos egoístas del autor del delito”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 90.

²⁷⁶ Acerca de la teoría del fin, dice FERRAJOLI: “Refleja de un modo más inmediato el proyecto autoritario de un liberalismo conservador que identifica abiertamente el orden a defender penalmente con la estructura de clases existentes, sin preocuparse excesivamente, a pesar del carácter central que se atribuye a la «idea fin», de su justificación axiológica, naturalista o por lo menos teleológica. Prueba de ello es el instinto clasista con el que Franz Von Liszt identifica a los «recuperables»”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 268.

²⁷⁷ “En la variante más juridizante del positivismo, Franz von Liszt proponía la imposición de penas resocializadoras para los *iguales*, un tanto equivocados, y penas meramente intimidantes para los ocasionales (*muy iguales*); pero respecto de los incorregibles (los verdaderos *extraños*, que abarcaban las categorías de criminales graves y molestos), ante la imposibilidad de matarlos o deportarlos, optaba por imponerles penas eliminatorias [...]”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La legitimización del control penal de los «extraños»”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 1, 2006, p. 1130.

²⁷⁸ “La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata sólo de uno de los eslabones –aunque muy peligroso y significativo– de la cadena de casos de enfermedad social que se suele designar sintéticamente con la denominación general de proletariado: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas del submundo en el más

para los casos menos graves, sería a través de la pena como se transformaría al individuo en algo más cercano a la mayoría, convirtiéndole en “un miembro útil para la sociedad”²⁷⁹.

Llegados a este punto, es importante mencionar que, a pesar de las buenas intenciones de VON LISZT, de sus propuestas derivaron modelos penales muy diversos y extremadamente crueles.

Las propuestas de VON LISZT acerca del tratamiento punitivo diferenciado de acuerdo con el perfil del delincuente, que ya formaban parte de los debates penales de la República de Weimar²⁸⁰, fueron de hecho puestas en práctica y convertidas en Derecho positivo a principios del Estado Nacionalsocialista, a través de la Ley de delincuencia habitual de 1933²⁸¹. Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, el nuevo modelo político criminal, implementado por el III Reich, de hecho no rompía con las ideas burguesas entonces en el poder, sino que las aprovechaba en lo que le podría beneficiar²⁸². La referida lógica sancionatoria, dedicada al alejamiento de determinados sectores de las capas más bajas de la sociedad, también fue bien recibida en España y convertida en la Ley de Vagos y Maleantes del mismo año. Ambas legislaciones hoy son reconocidas por su carácter perjudicial en contra de

amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales. Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 84.

²⁷⁹ “La misión de la pena puede tender, en este caso a hacer otra vez del delincuente un miembro útil para la sociedad (adaptación artificial). Puede actuar, en primera línea, fortificando las representaciones debilitadas que refrenan los malos instintos (*Hemmungsvorstellungen*) o influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo; según estos dos aspectos, se puede distinguir la INTIMIDACIÓN y la CORRECCIÓN como efectos perseguidos por la pena”. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), T. II, 1999, p. 10 (las mayúsculas y la cursiva pertenecen al original).

²⁸⁰ “Una de las aportaciones más significativas de los Proyectos de Código penal habidos en la República de Weimar al Derecho penal posterior fue, sin duda, la regulación unitaria de las medidas de seguridad posdelictuales, entronizando un sistema dualista o de doble reacción sancionatoria: frente al autor del delito culpable la consecuencia principal es la pena; frente al autor del delito, culpable o inculpable, pero peligroso, la medida de seguridad, aplicada conjuntamente o como sustitutivo de la pena”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en *Doxa*, nº. 15-16, V. II, 1994, p. 1031.

²⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Doxa*, 1994, p. 1032.

²⁸² Al respecto, como apunta MUÑOZ CONDE, “[n]o cabe duda de que al nacionalsocialismo le venía muy bien para llevar acabo su particular Política criminal la fundamentación conservadora y autoritaria que desde los tiempos de Von Liszt se había mantenido como un hilo conductor en los Proyectos de la Republica de Weimar en relación con el tratamiento de los delincuentes habituales”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Doxa*, 1994, p. 1038.

determinados sectores sociales y por los recortes a las libertades de los ciudadanos que dichas reformas facilitaron.

Ante la dura realidad del siglo XX, es posible plantearnos críticamente los amplios márgenes de dominación que dichos conceptos político-criminales suelen permitir.

Si por justicia penal se entiende la realización de objetivos específicos favorables al Estado, la punición en principio no se limita por elementos externos, sino exclusivamente por la consecución de dicho fin, lo que, ciertamente, parece demasiado arriesgado para la seguridad jurídica²⁸³. Si el medio empleado para alcanzar el fin que se persigue fuera equivocado o ineficiente, la punición tendría que durar hasta que se encontrase el formato correcto, a expensas de quien sufre la pena. Si la medida de la pena no fuera suficiente, sea para intimidar o para corregir, siempre sería posible agravarla aún más, hasta el punto en que el control de la delincuencia se daría por medio del “terror penal”. Y si ciertas conductas que no eran percibidas como tan graves empezaran a producirse más frecuentemente y a percibirse como molestas, podrían ser incluidas en la lista de las que merecen la incapacitación²⁸⁴. Por todo lo expuesto, como se puede deducir, la propuesta de

²⁸³ “La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 16. En el mismo sentido, pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ que “[l]a desvinculación con el hecho provoca que las penas ya no sean previsibles para los ciudadanos en detrimento de la seguridad jurídica. No dependiendo su duración del hecho cometido, sino de la eficacia de la ejecución de la pena de cara a la prevención de futuros hechos delictivos, es necesario que las penas sean indeterminadas”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 139 y 140. En este sentido, agrega MAPELLI CAFARENA: “Tampoco son satisfactorias las respuestas que dan los defensores de estas teorías a la pregunta de cuánto debe durar el castigo. [...] Esto ya es en sí preocupante para la seguridad jurídica, pero aún más lo son los resultados a que se puede llegar, ya que un delito de escasa gravedad cometido por un sujeto altamente peligroso merecerá una respuesta más grave que si el delito es muy grave pero el sujeto no ofrece riesgos de reincidencia”. MAPELLI CAFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª. ed., Navarra, Civitas, 2011, p. 65.

²⁸⁴ Como pone de manifiesto críticamente ZUGALDÍA ESPINAR, “[...] pese a la existencia de la pena son muchos los delitos que se cometen (*fracaso* de la prevención general negativa) y muchos los delinquentes que reinciden tras haber sufrido una pena (*fracaso* de la prevención especial). Para evitar esos fracasos podría recurrirse a un endurecimiento progresivo de las penas y, en última instancia, a una *presión intolerable* del Derecho Penal sobre los ciudadanos («terror penal»): en otras palabras, la función disuasoria de la pena puede conducir a una elevación indefinida de las mismas, especulando con la posibilidad de que cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante”. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, pp. 16 y 17 (cursiva de acuerdo con el original).

VON LISZT terminó por abrir espacio para legitimar la imposición de la pena como medio para conseguir objetivos no necesariamente legítimos, legales o no.

Sin embargo, este riesgo VON LISZT no lo previó. Por el contrario, estaba convencido de que su modelo eliminaría las reacciones penales crueles, como las que se observaban en otros tiempos, y creía que la pena orientada al fin sería la más adecuada a la protección de las libertades individuales²⁸⁵. Lamentablemente, como se vio en la historia del siglo XX, en nombre de la utilidad y de la ciencia se lesionaron muchos derechos y bienes jurídicos, incluso de sujetos que no podían (o no deberían) ser clasificados como delincuentes. Y, por esos motivos, a pesar de la relevancia del pensamiento de VON LISZT, la doctrina le responsabiliza de muchos excesos cometidos por gobiernos totalitarios del siglo XX²⁸⁶.

Y es que, como pone de manifiesto ROXIN, la prevención especial no limita el *ius puniendi*, sino que, por el contrario, permite la intervención penal por el simple motivo de inadaptación, disidencia o comportamiento molesto y legitima el ejercicio de la voluntad de la mayoría sobre el de la minoría²⁸⁷. Además, ni siquiera queda clara la razón ni el origen de la idea de transformar a la gente cuyo comportamiento se aleja del modelo común. Más que de no respetar las diferencias que conforman una sociedad compleja y heterogénea, se trata de no conformarse con estas diferencias hasta el punto de buscar convertirlas en algo percibido como “mejor”, no

²⁸⁵ “Por tanto, el predominio de la idea del fin constituye la protección más segura de la libertad individual frente a las crueles formas que la pena adoptó en tiempos pasados, y que no fueron eliminadas —esto vale la pena recordarlo— por los idealistas que se mantenían firmes en la creencia de la pena retributiva, sino por los precursores del «racionalismo superficial»”. VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 78.

²⁸⁶ “En efecto, terminada la contienda mundial no se entró a distinguir el irracionalismo nazi del positivismo de base científica que proponía VON LISZT y se culpó al positivismo penal —e, indirectamente, a VON LISZT como uno de sus máximos exponentes— de la amarga experiencia nacionalsocialista”. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), 1995, p. 31.

²⁸⁷ “Al igual que la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial tampoco posibilita una delimitación del *ius puniendi* en cuanto a su contenido. Pues no es sólo que todos somos culpables, sino que además todos necesitamos corregirnos. Ciertamente que según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado debe dirigirse de antemano sólo contra los inadaptados en extrema medida a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el someter a «tratamiento» penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos. [...] En una palabra: la teoría de la prevención especial tiende, todavía más que un Derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 16.

para el sujeto, sino para la generalidad²⁸⁸. Esta idea de transformación del comportamiento de la minoría o de su adaptación forzada a la voluntad de la mayoría, además de reprimir a los grupos disidentes, marginados aunque no criminales, puede convertirse, como pone de manifiesto MAPELLI CAFFARENA, en el adoctrinamiento de los adultos sometidos al tratamiento educador/correctivo²⁸⁹. Y este adoctrinamiento puede ser dirigido incluso a modificar a los grupos que buscan cambiar el *status quo*, ya sea por medio de la política, ya sea mediante la cultura o el propio comportamiento.

Pero las críticas a este modelo apuntan aún otros problemas. Por dirigirse a la individualización de la pena principalmente en razón de la peligrosidad del sujeto, se puede deducir que no es necesaria la punición si las circunstancias que rodearon la comisión del delito son irrepetibles, lo que excluiría un elevado número de lesiones a bienes jurídicos de la respuesta estatal. ROXIN, por ejemplo, recuerda los casos de muchos militares nazis, asesinos de tantos sujetos en los campos de concentración, que desde este razonamiento quedarían libres ya que, en un Estado democrático, no podrían cometer los mismos delitos realizados durante la II Guerra mundial²⁹⁰.

Por otro lado, agrega FEIJOO SÁNCHEZ que la prevención especial no considera la necesidad de respeto a las normas penales por parte de todos los sujetos, incluidos aquéllos que cometieron el delito por una eventualidad, sino que se dedica exclusivamente a la represión de la peligrosidad, lo que establece un conflicto en relación a la necesidad de “vigencia de ciertas normas esenciales de

²⁸⁸ “[...] es cierto que la idea de la corrección indica un fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría. Más bien hay que preguntar: ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquella? [...]. Pero con ello sólo se prueba que la mayoría de la gente considera como algo evidente el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, pp. 16 y 17.

²⁸⁹ “Por otra parte, es discutible que el Estado Democrático de Derecho esté legitimado para asumir a través de la pena funciones de educación social de los adultos. Los riesgos de adoctrinamiento de la sociedad bajo la coartada de las metas resocializadoras son evidentes. La prevención especial convierte al Estado en una fenomenal maquinaria de educación de las personas adultas a través de las penas”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 65.

²⁹⁰ “El ejemplo más contundente es en este momento el de los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de «resocialización» alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes? Por lo demás, el problema es independiente de esta constelación histórica”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 16.

convivencia”; es decir, que para la prevención especial lo que importa es que la pena sea una posible solución en la lucha contra los peligrosos, no el mantenimiento del orden o el equilibrio de la sociedad²⁹¹. Por lo dicho, el modelo deja fuera de su interés de control a los delincuentes ocasionales que no ofrecen riesgo de reincidencia, y ello aunque el delito realizado sea muy grave²⁹². Y como pone de manifiesto FEIJOO, la prevención especial no se puede considerar, además, como un modelo satisfactorio porque no es eficaz en la intimidación de la generalidad, no sometida a la experiencia de la prisión²⁹³.

Pero eso no es todo. De la misma forma que no queda claro por qué pueden quedar sin castigo los no peligrosos, tampoco explica la prevención especial la razón de la obligatoriedad de la punición de aquéllos que sí se consideren peligrosos, pero cuyos delitos sean de poca importancia, teniendo en cuenta además que no todos los criminales son enfermos mentales o sujetos desocializados²⁹⁴. En otras palabras, la prevención especial permite el desequilibrio y la falta de proporcionalidad entre delito y punición, atendiendo solamente a determinadas características personales del sujeto y legitimando el Derecho penal de autor, en contra del Derecho penal del

²⁹¹ “Al centrarse en la prevención individualizada, la prevención especial no tiene en consideración aspectos importantes del Derecho como la necesidad de un cumplimiento generalizado de las normas penales. En este punto siempre ha perdido la batalla frente a la prevención general. La absolutización de la lucha contra la peligrosidad criminal puede llegar a poner en entredicho la vigencia de ciertas normas esenciales de convivencia cuando el infractor no presenta una especial peligrosidad. Desde el punto de vista de la prevención especial, la pena se muestra innecesaria cuando el autor realiza un delito en unas circunstancias irrepetibles (Estado criminal que ha pasado ya por una transición democrática, funcionarios condenados por corrupción sin futuro político derivado del escándalo mediático) o que es muy poco probable que se vuelva a presentar, es decir, no existe peligro de que el autor del delito reincida”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 137.

²⁹² “Son legión los delincuentes ocasionales sin especial peligrosidad criminal o que no precisan tratamiento de ningún tipo, especialmente en ciertos ámbitos delictivos. La afirmación de que todo delito grave debe ser castigado (es decir, se debe reaccionar frente al autor culpable) ya no puede fundamentarse a través de la prevención especial”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 137 y 138.

²⁹³ “Por sus características, una teoría que persiga primordialmente una prevención individualizada no permite tener en cuenta los fines preventivo-generales o de estabilización normativa, siquiera como función secundaria, encontrándose con serias dificultades para asumir funciones eficaces con respecto a la población o a la generalidad de los ciudadanos”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 138.

²⁹⁴ “No todo delito es síntoma de enfermedad mental, personalidad patológica o marginación social”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 138.

hecho, entendido como modelo más igual, más equilibrado y consecuentemente más justo²⁹⁵.

Es posible que VON LISZT imaginara que los tiempos que seguirían a su teoría, que nació en el seno de la sociedad disciplinaria, traerían consigo establecimientos penales adecuados a los modelos de tratamiento por él propuestos, quizás como las escuelas o los conventos, lo que podría darle la esperanza de, a través de la punición, promover transformaciones significativas en el espíritu de aquéllos a ella sometidos. La deseada adaptación de los marginados al modelo sociopolítico vigente, incluyéndoles en él. Lo que no podía imaginar este autor era que la pena de prisión, que ya empezó decadente, se convertiría en una demostración de la fuerza del Estado de las más crueles, negativas y perjudiciales, a través de la cual se impondría no un estado mental de equilibrio, sino la más total falta de sanidad y de higiene, cuya precariedad sería un promotor de aún mayor degeneración de la mente y del cuerpo del sujeto que la propia sociedad²⁹⁶. La prisión sana, equilibrada, limpia, pacífica, motor del conocimiento y de la socialización quizás nunca ha sido conocida por nadie.

VI. EL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EXTREMO Y LA ALEMANIA NAZI

Las ideas positivistas de eliminación de aquéllos que no merecían o que no deberían participar del cuerpo social son llevadas aún más allá, a principios del siglo XX, por BINDING y HOCHÉ, que extienden el concepto a niveles extra-penales, sugiriendo la eliminación de los individuos considerados inútiles, cuyo peso la sociedad no debería, no necesitaría o no desearía cargar. Esa nueva premisa, que se desarrolla en una Alemania económicamente desequilibrada, se sostiene

²⁹⁵ “El hecho sólo cobra relevancia como síntoma de peligrosidad y capacidad de mejora. Debido a ello la pena pierde completamente la proporcionalidad con el hecho. En este sentido, como ha reiterado la doctrina, las exigencias de prevención especial pueden provocar que delincuentes peligrosos que cometan infracciones de escasa gravedad reciban penas que carezcan de proporción con el hecho cometido”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 139.

²⁹⁶ “Si algo caracteriza a la prisión es su organización antipedagógica que margina y estigmatiza a quienes pasan por ella, es ante todo un factor criminógeno y no reeducador. Los medios resocializadores son desproporcionadamente frágiles en relación con una misión tan compleja y larga como es asegurar la reinserción del delincuente en la sociedad, después de cumplir la pena”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 65.

pragmáticamente, incluso, sobre argumentos relativos a la necesidad de ahorro de recursos “desperdiciados” con individuos que no poseen las condiciones físicas o mentales necesarias para poder contribuir al Estado de forma productiva²⁹⁷.

Los citados autores entendían que determinadas enfermedades llevaban a una condición permanente imposible de curar, en la que se encontraban no sólo aquellos portadores de lo que se denominaba la “muerte mental” (“*mental death*”, que no hay que confundir con el concepto contemporáneo de muerte cerebral), sino también los enfermos terminales (como los aquejados de cáncer, tuberculosis, etc.) y los individuos con deformaciones físicas graves.

Considerándose que, conforme a los conocimientos médicos de la época, la condición del enfermo podría extenderse durante décadas, se entendía que la sociedad debería desprenderse de conceptos humanísticos y morales, exagerados y caducos, para que fuera posible deshacerse de esos sujetos que sólo aumentaban los gastos del Estado y provocaban sufrimiento a sus familias²⁹⁸. En esta línea, se pensaba incluso que para la mayoría de ellos la muerte sería deseada y significaría un alivio de su condición, del estorbo que representaba y de los dolores físicos que provocaba²⁹⁹.

²⁹⁷ “La cuestión de si los desembolsos necesarios para esas molestas categorías de existencia se justificaban a cualquier precio no era urgente en los últimos años de prosperidad; ahora las cosas han cambiado, y tenemos que realmente lidiar con eso”. HOCHÉ, Alfred, “Medical remarks”, trad. Cristina Modak, en Binding, Karl/ Hoche, Alfred, *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), [sin lugar], Suzeteo Enterprizes, 2012, p. 36 (la traducción del inglés es nuestra). Y continúa el autor: “Desde un punto de vista económico, esos completos retardados, que cumplen desde muy temprano todos los prerequisites para ser clasificados como completamente muertos mentalmente, también serían, al mismo tiempo, aquéllos cuya existencia pesa más sobre la sociedad”. HOCHÉ, Alfred, en *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), 2012, p. 35 (la traducción es nuestra).

²⁹⁸ “Observado desde el punto de vista de una moralidad civil superior, no hay duda de que se está incurriendo en exageraciones en la lucha por la preservación absoluta de vidas indignas”. HOCHÉ, Alfred, en *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), 2012, p. 37 (la traducción es nuestra).

²⁹⁹ “No hay duda alguna de que hay personas vivas cuyas muertes serían un alivio para ellas y que, al mismo tiempo, librarían a la sociedad y especialmente al Estado de una carga y cuyas vidas, a pesar de ser ejemplos de abnegación, no tienen utilidad alguna”. BINDING, Karl, “Legal Arguments”, trad. Cristina Modak, en Binding, Karl/ Hoche, Alfred, *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), [sin lugar], Suzeteo Enterprizes, 2012, p. 15 (la traducción del inglés es nuestra). El autor se refiere, con ello, a “[...] aquellas [personas que están] perdidas a consecuencia de una enfermedad o lesión, que están más allá de la salvación, y que, con total conocimiento de su condición, tienen el deseo urgente de ser liberadas y de alguna forma han dado esto a conocer. Aquí se dan los motivos anteriormente mencionados para los privilegios. Pienso específicamente en pacientes de cáncer terminal, pacientes de tuberculosis irrecuperable, personas mortalmente heridas,

De acuerdo a los planteamientos de estos autores, en los casos en que el paciente tuviera plena consciencia de sus circunstancias, la muerte debería ser consentida por él expresamente. Sin embargo, en relación con aquellos considerados idiotas incurables (*"incurable idiots"*), sin capacidad para poder expresar sus deseos, cabía prescindir de su consentimiento, pues se sostenía que estos sujetos no tendrían voluntad ni de vivir, ni de morir³⁰⁰.

HOCHE imaginaba un tiempo en que desaparecerían, por fin, los frenos morales que llevaban a la sociedad a mantener vivas a personas inútiles y en el que una nueva consciencia surgiría para establecer nuevos parámetros que permitirían que esas vidas fueran abandonadas en favor de un beneficio mayor, que contemplaría toda la sociedad³⁰¹.

Finalmente, dos décadas después sus previsiones se mostraron acertadas, cuando el Estado alemán, en la época nacionalsocialista, pasó a considerar sin valor las vidas no sólo de los enfermos mencionados por BINDING y HOCHE, sino también de los judíos y gitanos, así como de los sujetos considerados asociales, es decir, homosexuales, prostitutas, ebrios, vagabundos, etc., categorizados de esta forma por su estilo de vida³⁰².

no importa dónde o cómo". BINDING, Karl, en *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), 2012, p. 16 (la traducción es nuestra).

³⁰⁰ "Ellos no tienen ni ganas de vivir, ni de morir. Por lo tanto, desde su punto de vista, no hay consentimiento significativo para matarlos, pero, por otro lado, esta última [acción] no infringe ninguna voluntad de vivir que tuviera que ser quebrada. Sus vidas son totalmente sin propósito, pero ellos no las ven como insoportables. Sus vidas producen una carga pesadísima para sus familiares y para la sociedad". BINDING, Karl, en *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), 2012, p. 18 (la traducción es nuestra).

³⁰¹ "Hubo un tiempo, que ahora interpretamos como bárbaro, en que la eliminación de aquellos nacidos sin condiciones para la supervivencia era considerada natural, y después vino la fase aún en curso en la que la preservación de toda y cualquier existencia inútil es considerada, en último término, la más alta condición moral; habrá una nueva era en la que, desde el punto de vista de una moral más elevada, se va a parar de hacer duros sacrificios en base a un concepto exagerado de humanidad y de sobreprotección del valor de la mera existencia". HOCHE, Alfred, en *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), 2012, p. 43 (la traducción es nuestra).

³⁰² Tiene razón MUÑOZ CONDE cuando recuerda que, curiosamente, estos sujetos parecen siempre ser objeto de persecución por parte del poder público y su alejamiento de la comunidad parece ser incansablemente objeto de numerosas leyes penales hasta la actualidad. Al respecto, dice el citado autor: "Los asociales en sentido lato, es decir, los mendigos, los vagabundos, las prostitutas, los drogadictos, etc., son también hoy en día en las sociedades modernas considerados como sujetos molestos, perjudiciales, incómodos para una convivencia pacífica y bien organizada, cuando no directamente delincuentes que deben ser tratados como tales, y a veces sin muchos miramientos, para preservar el orden y la seguridad de las clases acomodadas". MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 267.

Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, la conexión entre todos esos grupos terminó siendo el interés por parte del Estado en deshacerse de esas personas en la búsqueda, no sólo de una sociedad alemana libre de una carga genética que pudiera, de alguna forma, ensuciar la sangre de la raza, sino también de una comunidad libre de sujetos molestos que podrían contaminar la moral del grupo³⁰³.

Específicamente respecto a las vidas *desechables*, de las que trataban BINDING y HOCHÉ, el gobierno Nazi puso en marcha, en 1940, un programa de eutanasia, defendido por su carácter supuestamente humanitario, por medio del cual cerca de sesenta mil personas fueron eliminadas³⁰⁴.

En el contexto de aquel momento histórico, debido a los problemas económicos de esta época ya mencionados anteriormente se hacía necesario disminuir las inversiones públicas, así como optimizar los recursos, como consecuencia de los gastos generados por el conflicto bélico en el que se encontraba el país. Frente a la necesidad de tantos aportes financieros comprometidos con el objetivo de dominación del Tercer Reich, el Estado alemán terminaría por deshacerse de aquéllos que, de alguna forma, podrían consumir alguna fracción de esos recursos sin poder aportar su parte correspondiente para apoyar la máquina administrativa³⁰⁵. En todo caso, esa premisa nos parece ingenua, pues no podemos

³⁰³ “[...] su finalidad al eliminarlas era, por tanto, principalmente racista: conseguir una raza aria pura y sin mezcla de elementos que pudieran corromperla, bien porque provinieran de otras razas llamadas «inferiores», bien porque perteneciendo a la misma raza aria portaran patologías que, además de una carga social, fueran transmisibles hereditariamente”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 262.

³⁰⁴ “El comienzo de la operación del *Euthanasie-Programm für unheilbaren kranken* tuvo lugar, por lo tanto, en condiciones –tales como la economía de guerra y el multiplicarse de los campos de concentración para los judíos y otros indeseables– que podían favorecer errores y abusos; sin embargo, la inmediata transformación [...] de un programa teóricamente humanitario en una operación de exterminio masivo, no dependió de ningún modo sólo de las circunstancias”. AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, trad. Henrique Burigo, 2ª. ed., 2ª. reimpressão, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014, p. 136 (la traducción es nuestra). Y continúa el autor: “Se calcula que de este modo fueron eliminadas cerca de sesenta mil personas”. AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, 2014, p. 137 (la traducción es nuestra).

³⁰⁵ Y sin embargo, como pone de manifiesto AGAMBEN, el programa en sí representaba altos costes públicos, lo que deja sin fundamento los inmorales argumentos que lo justificaban por la economía de guerra: “Por otro lado, no procede que el programa estuviera de algún modo ligado a consideraciones de orden económico: al contrario, éste representó un cargo organizativo no indiferente en un momento en que la máquina pública estaba completamente empeñada en el esfuerzo bélico”. AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, 2014, p. 137 (la traducción es nuestra).

ignorar la conexión existente entre el poder de vida y muerte del Estado y las necesidades de, por medio de su ejercicio, alimentar las estructuras y la cultura biopolítica, que evidentemente reafirman su condición dominante y favorecen la eliminación de la vida políticamente irrelevante, o incluso disidente³⁰⁶.

Desde esta perspectiva, entre los “desechables” se encontraban todos los que aparentemente no representaban ninguna utilidad para el país, o bien porque necesitaban del apoyo del Estado para sobrevivir, o bien porque no eran fuente de creación de capital o porque no estaban dispuestos a realizar actividades que colaborasen con los planes militares.

Esa visión pragmática de la sociedad, extremadamente utilitarista y completamente deshumanizada, que permitía la aniquilación de dichos sujetos, no implicaba solamente meras acciones de control racial o criminal, sino que tenía por finalidad librarse también de los considerados no aptos o inútiles, cuya mano de obra no podría ser aprovechada por el mercado³⁰⁷. Es decir, de aquéllos que pudiendo representar de alguna manera fuerza de trabajo o fuerza militar, eligieron por el contrario colocarse al margen de esa autosuficiencia para depender de la ayuda del Estado o de la beneficencia³⁰⁸.

Este punto de vista es, de alguna manera, admitido por MEZGER cuando declara que a los sujetos “aprovechables” no se les puede negar “su derecho a la

³⁰⁶ “[...] bajo la apariencia de un problema humanitario, en el programa estaba en cuestión el ejercicio, en el horizonte de la nueva vocación biopolítica del estado nacional-socialista, del poder soberano de decidir sobre la vida. La «vida indigna de ser vivida» no es, con toda la evidencia, un concepto ético, que concierne a las expectativas y legítimos deseos del individuo: es, sobre todo, un concepto político, en el cual está en cuestión la extrema metamorfosis de la vida mudable e insacrificable del *homo sacer*, sobre la cual se basa el poder soberano”. AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, 2014, p. 137 (la traducción es nuestra).

³⁰⁷ “En el fondo, toda esa política cumplía una función que directamente influía en el mercado de trabajo y en el desarrollo económico e industrial de la Alemania Nazi, o mejor dicho, de la clase empresarial que se beneficiaba con esta política de control y exterminio de la mano de obra excedente no cualificada, o inútil para ser aprovechada de forma rentable consiguiendo, al mismo tiempo, un disciplinamiento a través de la violencia y el terror, de las masas trabajadoras restantes”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 286.

³⁰⁸ “Lo que, en definitiva, vino a hacer el Nacionalsocialismo para solucionar el «Asozialenproblem» fue sustituir la tradicional política de beneficencia, de ayuda social más o menos eficaz y humanitaria, más o menos sincera o hipócrita, llevada a cabo por instituciones religiosas [...], por una política de exterminio, de eliminación física y de esterilización, para evitar lo que ellos consideraban la principal causa de la asocialidad: la transmisión hereditaria de la misma, como una enfermedad hereditaria más”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 286.

existencia”³⁰⁹. De lo cual se deduciría, *sensu contrario*, que a los “no aprovechables” el Estado sí les podría negar ese derecho.

Como ya hemos dicho, gran parte de las bases que sostienen la idea de eliminación de los indeseados, así como de la clasificación de individuos en categorías superiores que se superponen a las inferiores, están relacionadas con los mencionados movimientos científicistas de finales del siglo XIX, los cuales procuraban, a través de estudios basados en el entendimiento jerárquico de las razas, encontrar soluciones para los problemas relacionados con el desarrollo y la evolución de la especie humana, con una innegable influencia de LOMBROSO y de su antropología criminal³¹⁰.

De esta manera, las ideas acerca de la amenaza atávica, así como de la contaminación genética de futuras generaciones tanto por características físicas, como por enfermedades indeseadas, justificaron no sólo la eutanasia, sino también la esterilización de los inadaptados y de los no aptos³¹¹, lo que resultó en el exterminio de millones de individuos, justificado académica y jurídicamente por MEZGER, como demuestra la detallada investigación realizada por MUÑOZ CONDE³¹².

En la Alemania nacionalsocialista, los análisis positivistas y de defensa social se añadían a las propuestas de BINDING, HOCHÉ y otros numerosos autores, potenciando la severidad del sistema penal de la época hasta niveles quizás nunca antes vistos. Si LOMBROSO recomendaba el inmediato alejamiento del sujeto que presentaba características biológicas atávicas con fines de prevención social, mucho

³⁰⁹ “*Quien, incluso en los círculos más modestos, se revela como una persona aprovechable, no se le puede generalmente en aras de los logros raciales negar su derecho a la existencia. Cuando una conducción instintiva es buena y correcta, ya no importa tanto un «conocimiento» a menudo engañoso y condicionado por el azar, ya sea un conocimiento aprendido en la escuela o en la vida. Para quien en su círculo vital «se comporta», debe en nuestra opinión quedar por lo general fuera del ámbito de aplicación del art. I, apartado 2, nº. I de la Ley*”. MEZGER, Edmund, “¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?” (1938), trad. Francisco Muñoz Conde, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 309 (la cursiva pertenece al original).

³¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 262 y ss.

³¹¹ “La solución para prevenir esta amenaza no podía ser, por tanto, otra que una biológica, procurando mediante la aplicación de medidas esterilizadoras evitar la procreación y reproducción de estas personas, a las que además se internaba en casas de trabajo y campos de concentración, para aprovechar allí su fuerza de trabajo y provocar finalmente su exterminio (*Vernichtung durch Arbeit*)”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 265.

³¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

antes de llegar a cometerse el delito, MEZGER no sólo señalaba singularmente a los “delincuentes natos”, sino a un elevado número de individuos, portadores de características diversas, a los que habría que incluir en la misma clasificación y el mismo alejamiento, sin que fuera necesaria la comisión de ninguna acción desvalorada. MEZGER llegaba a admitir incluso la “exigencia indeclinable” de, a través de “medidas eugénicas”, “extirpar troncos criminales”, lo que se perfeccionaría a través de análisis antropológico-criminales, originariamente propuestos por LOMBROSO, resultando en la promoción de medidas contra la degeneración de la sociedad y de la raza³¹³.

MEZGER reconoce abiertamente la importancia de este autor en la observación de la relación “científico-causal del delito” y en la proposición de acciones de política-criminal para luchar contra el crimen³¹⁴, lo que le lleva a rechazar cualquier reacción punitiva meramente «intuitiva» y a sostener que sólo a través de tal observación se pueden alcanzar propuestas normativas verdaderamente eficientes³¹⁵.

Para el Estado totalitario alemán, era correcto establecer una relación entre el crimen y la constitución biológica del sujeto, en contraposición a las teorías que admitían la influencia de los elementos externos, del ambiente y de la

³¹³ “La demanda de *medidas eugénicas* al objeto de extirpar troncos criminales, no sólo aparece con el carácter de exigencia indeclinable a la luz de la concepción antropológico-criminal en sentido estricto, sino también con arreglo a la moderna posición rectificadora, según la que no existe un criminal unitario, pero sí, en sentido amplio, un delincuente «nato». Con una consideración científico-natural del delincuente, la lucha contra la degeneración llega a ser un problema central de las tendencias político-criminales. De todo ello se deduce el íntimo contacto con la higiene individual, social y de la raza (con su lucha contra el alcohol y las enfermedades sexuales, con sus prohibiciones de la procreación de deficientes y con sus restantes medidas eugénicas)”. MEZGER, Edmund, *Criminología*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1950, p. 31.

³¹⁴ “No obstante el hecho de no poder demostrar que el *delincuente nato* sea una genuina especie humana, la teoría de LOMBROSO es también de importancia en nuestros días, pues ha sido la primera que de un modo claro y terminante ha promovido e intentado la *consideración científico-causal del delito* y un tratamiento político-criminal del problema del delincuente, apoyado en dicha consideración. No podemos prescindir de tal complemento científico-natural del lado jurídico de este problema”. MEZGER, Edmund, *Criminología*, 1950, p. 29 (la cursiva pertenece al original).

³¹⁵ “Pues sin el conocimiento del objeto sobre el que la norma ha de actuar, no es posible a la larga una función normativa adecuada a la índole de las cosas y en armonía con la realidad misma. Pero una investigación exacta de los fundamentos positivos de la criminalidad no puede hoy concebirse sino sobre base científico-causal, especialmente biológica, psicológica y psicopatológica; sólo tal modo científico-causal, no simplemente «intuitivo», de consideración, nos conduce al complejo interno de los fenómenos reales y hace posible un aprovechamiento exhaustivo del total saber de nuestra época en su aplicación del problema del delincuente”. MEZGER, Edmund, *Criminología*, 1950, p. 30.

socialización³¹⁶. Y ello porque, según MEZGER, el régimen exigía de sus ciudadanos total compromiso, tanto con sus normas, como con la preservación del interés del pueblo, lo que no dejaría espacio para transferir a la comunidad la responsabilidad del ofensor por no haberse resistido a las oportunidades que le conducirían al crimen³¹⁷.

Ello explica, como pone de manifiesto RADBRUCH, que lo que se entendía por Derecho durante ese período terminara siendo pervertido y transformado en cualquier intervención –aunque fuese ilegal– que pudiera ser justificada por su utilidad a la raza o a la comunidad³¹⁸. Ese artificio retórico buscaba exhibir el compromiso del Estado con la sociedad y encubrir la intención de autoprotección del modelo autoritario³¹⁹. Al referirse el Estado al interés del pueblo, la sociedad se sentía reconfortada y abrazaba todas las medidas puestas en práctica por el nacionalsocialismo, sin darse cuenta de que en ese Estado extremadamente

³¹⁶ “La investigación biológico-hereditaria y constitucional-biológica del delincuente es para dicho Estado una base de la que *no es posible prescindir*, al objeto de reconocer las condicionalidades de raza y de sangre del delincuente concreto y de tratarle de un modo adecuado; en contraste a la concepción de la libertad característica del liberalismo, exige en su consideración conjunta que también dicho individuo se subordine e incorpore por su parte a tal forma de tratamiento adecuado a su especie propia. De este modo llegará a ser la concepción biológico-hereditaria y biológico constitucional del delito una *piedra angular* del futuro Derecho punitivo de Alemania”. MEZGER, Edmund, *Criminología*, 1950, pp. 196 y 197 (la cursiva pertenece al original).

³¹⁷ “Una teoría extrema del «medio» es, en sus consecuencias político-criminales, inadmisibles para el Estado totalitario. Frente a la totalidad del pueblo, el individuo singular lleva consigo –en términos generales– la responsabilidad por sus propios actos y no puede transferirla a la comunidad, aduciendo que las «condiciones» han hecho de él lo que es y le han impulsado a hacer lo que ha hecho. El Estado totalitario *no* puede reconocer el principio de que *«tout le monde es coupable excepté le criminel»*. En tal sentido y con tal alcance la concepción sociológica del delito es incompatible con el Estado totalitario y con la responsabilidad personal por él exigida”. MEZGER, Edmund, *Criminología*, 1950, p. 245 (la cursiva pertenece al original).

³¹⁸ “Se pretendió completar, o antes, reemplazar este principio por este otro: derecho es todo aquello que sea útil al pueblo. Esto quiere decir: albedrío, violación de tratados, ilegalidad, serán derecho desde que sean ventajosos al pueblo. O más bien, prácticamente todo aquello que los detentadores del poder del Estado juzguen conveniente para el bien común, el capricho del déspota, la pena decretada sin ley o sentencia anterior, el asesinato ilegal de enfermos, serán derecho”. RADBRUCH, Gustav, en *Filosofía do Direito* (1933), 1997, p. 416 (la traducción es nuestra).

³¹⁹ Al respecto, dice ARENDT: “El famoso «Justo es lo que es bueno para el pueblo alemán» se hallaba concebido únicamente para la propaganda de masas; a los nazis se les decía que «Justo es lo que es bueno para el movimiento», y estos dos intereses en manera alguna coincidían siempre. Los nazis no pensaban que los alemanes eran una raza de señores a la que pertenecía el mundo, sino que deberían ser dirigidos por una raza de señores, como todas las demás naciones, y que esta raza se hallaba solamente a punto de nacer. El amanecer de la raza de señores no eran los alemanes, sino las SS. [...] Para el «movimiento» era más importante demostrar que resultaba posible fabricar una raza aniquilando a otras que ganar una guerra de fines limitados”. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), versión española de Guillermo Solana, 4ª. ed., Madrid, Taurus, 2004, p. 504.

protector, nadie estaba protegido verdaderamente, excepto el propio sistema y quizás aquéllos que se dedicaban a mantenerlo³²⁰.

En el mismo sentido, señalaba MAURACH que aunque a menudo se utilizara para justificar y legitimar lesiones a los derechos de los ciudadanos el argumento de la protección del pueblo o de la raza, la verdad es que el objetivo del Estado era principalmente garantizar la protección del sistema político, así como la continuidad del régimen. Y, por lo tanto, para mantener el *status quo*, la represión de la disidencia siempre se realizaba a través de intervenciones absurdamente severas, con fines sobre todo de intimidación y expiación³²¹.

La transformación del Derecho en este nuevo régimen fue puesta en marcha precisamente cuando el Estado trató de seleccionar a los individuos que entendía que no formaban parte de la comunidad, identificando, alejando y criminalizando a aquéllos a los que ahora se consideraba los “otros” o los “extraños”, clasificados como enemigos del sistema y consecuentemente de todo el grupo.

Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, los considerados asociales fueron objeto ya en 1939 de la “Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad”, a través de la cual se pretendía solucionar –de la forma más extrema posible– los problemas relativos a la llamada “cuestión social” –es decir, los conflictos sociales resultantes de la crisis económica en la cual Alemania se encontraba como consecuencia de la Primera Guerra Mundial–, lo que autorizaba al Estado a deshacerse de los indeseables que, independientemente de la raza, terminaron siendo enviados a los campos de concentración y exterminio³²².

³²⁰ “El derecho penal de este Estado no tiene el carácter de un derecho para la defensa de la sociedad (*difesa sociale*, en el sentido que le ha sido atribuido por FERRI), sino para la defensa del propio Estado (*difesa propria dello Stato*), y en la intimidación e inutilización de sus enemigos, manifestadas en innumerables casos de pena de muerte, que este Estado encuentra el mejor medio de asegurarse”. RADBRUCH, Gustav, en *Filosofia do Direito* (1933), 1997, p. 321.

³²¹ “Se decía expiación y por ello se entendía la eliminación del opositor al sistema; quienes pensaban más honestamente reconocían que la expiación se había transformado en una mera pena final. E incluso en aquellos casos en que se hubiere podido entender a la expiación como pena compensadora, le correspondía el lugar secundario e intrascendente detrás de la *protección del pueblo*”. MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte General*, 1994, p. 100 (la cursiva pertenece al original).

³²² MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 266 y 267. Es importante mencionar que los campos de concentración albergaron numerosos grupos de sujetos, objeto de eliminación, muchos de los cuales no representaban (o no sólo) una amenaza para la pureza de la sangre alemana, sino especialmente para el mantenimiento del Estado Nazi, lo que demuestra el fin que tales intervenciones jugaban en la persecución política. Al respecto, afirma

Por lo que respecta a aquéllos que no podían ser eliminados o alejados, la legislación nazi, a través de la también extrema Ley de prevención de descendencia patológica hereditaria, de 1933, se dirigió a la esterilización de individuos cuyas enfermedades se creían transmisibles genéticamente³²³, y ello en base al argumento de la purificación de la raza aria.

Sin embargo, es importante señalar al respecto que la definición de los individuos, objetos de la ley en cuestión, muchas veces era ambigua y podía adecuarse, como de hecho se adecuó, a toda característica personal considerada impropia para el comportamiento estándar de ese tiempo, lo que terminó por provocar que se incluyera en la lista de aquéllos que debían ser esterilizados a los ya mencionados asociales con el argumento de la prevención de “daños hereditarios”, no sólo patológicos, sino referidos también a una posible descendencia asocial, antisocial y criminal³²⁴.

Consciente de las lagunas existentes en el concepto de asocialidad, GÖBBELS, buscando delimitar su significado, traza un análisis de los elementos que actúan en la construcción tanto del grupo, como de la personalidad de los individuos que promueven su cohesión. Para este autor, signos consistentes promueven la unidad a

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ: “La persecución sistemática de distintos colectivos se había convertido en el motor de la política nazi. Para entonces, las SA ya habían organizado varios campos de concentración. Estas instalaciones cumplieron mejor su cometido que los cuarteles de las SA, adonde inicialmente se conducía a los detenidos para sustraerlos del control policial. A los cuadros de los partidos comunista y socialdemócrata les siguieron miembros de otros partidos, periodistas, intelectuales que no habían tomado el camino del exilio, como sí hicieron muchos otros, miles de personas en definitiva, de religión protestante, católica o sin religión, que no quisieron identificarse con la barbarie del Tercer Reich”. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, *La extrema derecha europea*, Madrid, Alianza, 2004, p. 630.

³²³ “Frente a esto la ley se ocupa de la «prevención de una descendencia patológica», no de la lucha contra el comportamiento asocial de la persona esterilizada misma. La ley no se ocupa en absoluto del individuo con descendencia patológica como tal, sino de su estirpe, y ciertamente de su estirpe futura”. MEZGER, Edmund, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 298-314. Y continúa el autor: “En el apartado 2 de este art. 1 se consideraban como tales enfermedades hereditarias: el retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular (maníaco-depresiva), la epilepsia grave, el corea de Huntington (mal de San Vito), la ceguera grave, la sordera grave, y padecer una deformidad corporal. Según el apartado 3, también podía ser esterilizado quien padeciera de alcoholismo grave”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 269.

³²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 270 y ss. Al respecto, dice MEZGER: “*También va más allá del fin inmediato de la Ley, que con la expresión «daños hereditarios» de la descendencia tiene ante todo en cuenta solamente la patología mental o corporal en un sentido puramente médico. Pero indirectamente merece sin duda también nuestra atención el comportamiento que cabe esperar de esta descendencia en la vida social. [...] Y en este sentido no solo debe prevenirse la descendencia patológica, sino también la antisocial, la asocial y la criminal*”. MEZGER, Edmund, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 298-314 (la cursiva pertenece al original).

través de numerosos elementos, plena y exclusivamente comprensibles para sus miembros, lo que aleja a la comunidad, entendida como un bloque cerrado, de los extraños a ella.

GÖBBELS sostiene que tal unión del grupo es más evidente cuando se hacen perceptibles peligros o amenazas para su supervivencia, lo que provoca un sentimiento de solidaridad entre los individuos que lo forman producto de la necesidad de defensa. Los elementos que caracterizan a sus miembros como parte del todo forman pequeñas partículas que modelan la personalidad de cada uno, así que ésta no tiene manera de desvincularse de las características del grupo³²⁵.

De esta forma, al definir a los sujetos que forman parte del grupo (sociales), el autor señala lo que entiende por asociales o extraños, identificándoles como personajes contrapuestos, percibidos como enemigos de aquéllos. Y precisamente deduce que el asocial es el individuo que “no tiene un apego espiritual profundo a los valores de las comunidades naturales, familia, hogar, profesión y patria”, y ello como consecuencia de factores relacionados con alteraciones de su personalidad³²⁶. Ésta parece ser también la opinión de EXNER, cuando sostiene que los asociales son aquéllos que, por carecer de lazos de afectividad, estarían “fuera del orden normal”³²⁷.

³²⁵ “Junto a la vida social como trato mutuo entre los individuos no puede desarrollarse fundamentalmente también el concepto «personalidad» sin poner a contribución las fuerzas vitales de las formaciones sociales afectas, pues a la esencia de la personalidad completa pertenece también, en su núcleo, la cualidad de miembro social”. GÖBBELS, Hans, *Los asociales. Esencia y concepto de la asocialidad*, traducción, prólogo y notas del Dr. A. Linares Maza, 1ª. ed., Madrid, Moratta, 1952, p. 101.

³²⁶ “Si después de todo lo antecedente estamos autorizados a traducir «social» como «referente a la comunidad», debemos conceder, en consecuencia, su sello específico al opuesto concepto de «asocial», dentro de la bipolaridad entre personalidad y comunidad como polos contrapuestos en un sentido social. La asocialidad no es, en último extremo, más que una alteración de la relación mutua biológica y natural entre personalidad y comunidad: El asocial, fundamentalmente, es el hombre no afecto a la comunidad, y no puede serlo verdaderamente porque ya a causa de una alteración en lo formal de la personalidad, o bien en la capacidad de comunidad, no tiene un apego espiritual profundo a los valores de las comunidades naturales, familia, hogar, profesión y patria”. GÖBBELS, Hans, *Los asociales. Esencia y concepto de la asocialidad*, 1952, p. 105.

³²⁷ “Son los llamados solitarios, que salen de la Familia y de la Escuela y sólo entran en una nueva Comunidad inconsistente o no se asocian a ninguna. Así, sin la más limitada relación con su Pueblo, sin lazos familiares íntimos que le obliguen, sin casa fija ni profesión y, por esto mismo, sin un círculo tradicional de amigos y camaradas, se conducen ellos por la vida en continuo cambio e inestabilidad, todo lo cual es una importante manifestación para el criminólogo, pues estos individuos carecen de todos aquellos lazos por los que toda comunidad fija a sus miembros y están así fuera del orden normal y del deber que aquel entrecruzamiento crea. Ellos son «asociales» en la significación más peculiar de la palabra, y si no se comportan como antisociales, más se debe ello por temor a la pena

En definiciones como éstas puede percibirse claramente en mi opinión la construcción de un juicio de valor moral expresado a través de la necesidad de que el individuo mantenga un “apego” a lo que se considera “comunidades naturales”, y ello independientemente de las circunstancias que rodeen al sujeto.

De lo señalado por los citados autores, se puede concluir que el alejamiento respecto de la familia o la conducción de vida al margen de los principios valorados positivamente por la sociedad, así como la ausencia de actividades profesionales o el apartamiento de la identidad cultural mayoritaria, serían suficientes para categorizar al individuo como extraño a aquella comunidad. Además, se puede deducir que el grupo no admitiría referencias culturales exclusivas del subgrupo, lo que afectaría precisamente a aquellas comunidades para las cuales los lazos culturales son más consistentes y relevantes que la propia identidad nacional. Eso explicaría, al menos en parte, el motivo de la exclusión tanto de los judíos y gitanos establecidos en suelo alemán –o en sus zonas de ocupación–, como de aquellos individuos que, a pesar de ser arios, presentaban hábitos o comportamientos marginales que les alejaban del modelo representado por el alemán ideal, conocido por la abundante propaganda del Tercer Reich.

Es cierto que, como recuerda RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, los judíos fueron, durante siglos, objeto de numerosas persecuciones y acusaciones de atentar contra el orden político, lo que dio lugar a la creación de muchos estereotipos antisemitas³²⁸. A esta imagen desarrollada a lo largo de la historia los nazis añadieron constantes imputaciones de responsabilidad respecto de la condición

que a represiones morales”. EXNER, Franz, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. Juan del Rosal, Barcelona, Bosch, 1946, p. 401.

³²⁸ “Mientras tanto, los estereotipos antisemitas van a ir ganando audiencia en varios países del continente. Esta circunstancia se percibe con especial nitidez en la segunda mitad del siglo XIX. Las organizaciones de la derecha autoritaria y ultranacionalista comenzaron a utilizar el antisemitismo como arma de combate político, útil en la defensa de sus intereses ideológicos y económicos, entremezclando religión tradicional, demagogia anticapitalista y el rechazo a la modernidad, a los cambios culturales derivados de la revolución industrial y científica”. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, *La extrema derecha europea*, 2004, p. 54. Al respecto, también se manifiesta ARENDT: “La ficción más eficaz de la propaganda nazi fue la historia de una conspiración mundial judía. La concentración en la propaganda antisemita fue recurso corriente entre los demagogos incluso desde finales del siglo XIX, y semejante propaganda estaba muy difundida en Alemania y en Austria durante la década de los años 20. Cuanto más consistentemente evitaban los partidos y los órganos de la opinión pública una discusión de la cuestión judía, más convencido se tornaba el populacho de que los judíos eran los verdaderos representantes de las potencias existentes y que la cuestión judía era el símbolo de la hipocresía y de la deshonestidad de todo el sistema”. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), 2004, p. 439.

político-económica de Alemania en aquel tiempo, sosteniendo que los judíos “eran despreciables, que no eran seres humanos”³²⁹.

La persecución inicialmente verbal se convirtió en legal a través de las “Leyes de Núremberg”, con las que se inició el proceso de nazificación de la legislación alemana al establecerse la ciudadanía alemana bajo criterios raciales. Como consecuencia del modelo antisemita, en 1935 entró en vigor la “Ley para la protección de la sangre y el honor alemán”, por la cual se prohibían las relaciones sexuales y el matrimonio entre judíos y alemanes, con el argumento de la necesidad de preservación de la raza a favor de la supervivencia del pueblo alemán³³⁰.

Para EXNER, la atmosfera política que envolvió Alemania en las primeras décadas del siglo XX, su derrota en la Primera Guerra mundial, las consecuentes dificultades económicas y su posterior recuperación, corroboraron el reforzamiento de los sentimientos de comunidad del pueblo, la identificación entre sus miembros, expuestos conjuntamente a las intemperies del período, y la unión de todos en un solo objetivo, lo que contribuyó además al crecimiento, tanto de la autoestima aria, como de la autoridad del Estado³³¹. Ese escenario promovió una implicación por parte de los ciudadanos en la aceptación de las nuevas medidas autoritarias, impuestas por el nuevo soberano, movidos por el entusiasmo relativo al orgullo de la raza y la fuerza de la nación³³².

Pero, a diferencia de lo que se hacía creer a los ciudadanos, los comportamientos no deseados, marginados frente al modelo considerado ideal, muchas veces sólo reflejaban deficiencias sociales o educacionales, que terminaban

³²⁹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, *La extrema derecha europea*, 2004, p. 59.

³³⁰ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, *La extrema derecha europea*, 2004, p. 60.

³³¹ “La conmoción de la Guerra de 1914 y la Revolución nacionalsocialista de 1933, ciertamente dos sucesos políticos completamente distintos, produjeron sobre el pueblo efectos psicológicos que se asemejan en su esencia, y esta es la razón de que ambos sucesos tan distintos hayan mostrado en cierta dirección semejantes consecuencias criminológicas. En ambos casos, el pueblo alemán fue impresionado por una gran idea política unificada, la fe en un gran objetivo, al que todos se habían sometido. [...] En ambos casos se sintió todo el pueblo como unido en el mismo destino y —en relación con esto— descubriría en el Estado a aquellos que eran los llamados a realizar activamente la idea culminante; en ambos casos esto significaba un fortalecimiento moral formidable: la autoridad del Estado, que aquí como allí, experimentó todavía una elevación, debido a una unión de los alemanes hasta entonces desconocida, y en igual proporción, con todos los medios el poder político en manos del gobierno”. EXNER, Franz, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, 1946, pp. 183-184.

³³² “Este nuevo despertar del sentimiento nacional y la devoción entusiasta en la tarea común ha dominado —esto se observó sobre todo en los primeros años de la Guerra— el egoísmo de cada uno y ha sido capaz de que cada alemán rechazara de sí toda aspiración personal y hasta las pequeñas discordias personales”. EXNER, Franz, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, 1946, p. 184.

siendo interpretadas como evidencias de degeneración o inmoralidad. El mero comportamiento molesto era suficiente para justificar la esterilización del sujeto, aunque no fuera portador de deformación o deficiencia alguna, aunque no fuera considerado un verdadero enfermo mental, aunque no fuera un criminal, como puede comprobarse en las palabras del propio MEZGER cuando dice: “la cuestión que frecuentemente desempeña el papel decisivo en el enjuiciamiento de nuestros sociales criminales es la «forma de comportarse correctamente en la vida»”³³³.

Al respecto, tiene razón MUÑOZ CONDE cuando afirma que, para la decisión acerca de la esterilización, la herencia patológica del sujeto terminaba por pesar más que los hechos realizados, lo que evidencia la presencia de una justicia concentrada en el control de determinados perfiles de autores³³⁴.

La exhaustividad de esta legislación al terminar incluyendo también a aquéllos que aparentemente no encajarían en los perfiles de la propuesta original sólo fue posible por las brechas dejadas, quizás intencionadamente, en el propio concepto legal de “asocial”, lo que concedía a los profesionales de la justicia un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la decisión respecto a quién podía incluirse en ella. En cualquier caso, es importante recordar que la ambigüedad de la ley, como sostiene MUÑOZ CONDE, permitía extender el concepto en cuestión también a aquéllos que representaban disidencia u oposición política al régimen, ampliando sin límites la acción represora del Estado³³⁵. El propio GÖBBELS admitía la posibilidad de que existieran códigos internos del sistema, no publicados, que orientaban la selección de los individuos sujetos a la represión, esterilización o eliminación³³⁶.

³³³ MEZGER, Edmund, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 298-314.

³³⁴ “Siguiendo los postulados de un positivismo criminológico extremo, parece que tanto en las decisiones de los Tribunales de Salud Hereditaria, como en la propia opinión de MEZGER, pesa más o incluso exclusivamente la supuesta carga patológica del sujeto, que la gravedad e importancia de los delitos que haya cometido o pueda cometer en el futuro”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 276.

³³⁵ “En última instancia, «extraño a la comunidad», «incapaz de comunidad», asocial o cualquier otro nombre que se empleara, podía ser quien simplemente se oponía al régimen nacionalsocialista”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, p. 282.

³³⁶ GÖBBELS, analizando la legislación sobre la asocialidad, ponía de manifiesto: “Las publicaciones oficiales conocidas no indican hasta ahora una fina diferenciación conceptual entre «asocial» y «antisocial» ni entre «asocial» en sentido estricto y «criminal». No podemos desde aquí averiguar si sobre estas materias existen instrucciones secretas destinadas «sólo para el servicio» y, por tanto, no asequibles a la publicidad, que especifiquen más detalladamente esto, aunque se supone con

Por ende, dicha dinámica del castigo terminó expandiendo su radio de actuación e incluyendo a determinados sectores sociales particularmente depreciados, bajo el argumento de la «protección del pueblo y del Estado»³³⁷.

De esta forma, la “lucha contra la delincuencia habitual” terminó haciendo uso de las más severas medidas penales contra individuos comunes, ahora desposeídos de cualquier garantía democrática. Como indica FROMMEL, las técnicas que se habían utilizado para tomar el poder y eliminar a los adversarios políticos, fueron después usadas para reprimir los delitos contra la propiedad y todos aquellos delitos que se derivaran de una forma irregular de vida, aunque no constituyeran un peligro concreto para los ciudadanos ³³⁸.

fundamento que así ocurre ciertamente”. GÖBBELS, Hans, *Los asociales. Esencia y concepto de la asocialidad*, 1952, p. 30. Y respecto a la extrema amplitud que llegó a alcanzar el término, como sinónimo de rechazo de la propia comunidad frente a determinados sujetos, agrega este autor: “No rara vez fue el concepto tan ampliamente tomado en los últimos años que amenazaba degenerar en tópico cotidiano, cuando no en un insulto”. GÖBBELS, Hans, *Los asociales. Esencia y concepto de la asocialidad*, 1952, p. 33.

³³⁷ “La base jurídica para que la policía a través de esta medida pudiera también enviar gente a los campos de concentración, la ofreció un Decreto de 14.12.1937 sobre «lucha preventiva contra la delincuencia». Antes de este Decreto, ya se había legalizado esta medida policial del «arresto preventivo», apoyándose en la Ordenanza Imperial para la «protección del pueblo y el Estado», de 28.2.1933, que, aunque conforme a su tenor literal, sólo podía ser utilizada contra los «enemigos» políticos del nacionalsocialismo, también se aplicó a los llamados «delincuentes habituales»”. FROMMEL, Monika, “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”, trad. Francisco Muñoz Conde, en *EPC*, nº. 16, 1992-1993, p. 52.

³³⁸ FROMMEL, Monika, en *EPC*, 1992-1993, pp. 51y 52. Y continúa la autora: “El apoyo activo a la «lucha contra el delincuente habitual» no fue otra cosa que una temprana implementación de la política de seguridad del nacionalsocialismo en un tema que originalmente carecía de contenido político; y para los miembros del aparato judicial un tardío intento de integrar en el programa de lucha contra el delito las medidas preventivas de carácter judicial; un intento por mantener sus competencias, destinado al fracaso. Visto desde fuera, era imposible que desde esa base pudieran mantenerse las garantías mínimas del Estado de Derecho, aunque tampoco era eso lo que les interesaba. Lo único que parecía preocuparles era su propia *autoafirmación profesional* FROMMEL, Monika, en *EPC*, 1992-1993, p. 54.

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA NUEVA PENA PARA UNA NUEVA SOCIEDAD

I. RESOCIALIZACIÓN

La prevención especial, a través de su función resocializadora, es quizás la que más popularidad alcanzó entre los distintos fines de la pena presentados a lo largo de la historia. Probablemente, su tono humanitario, que reconforta a la sociedad por traer una justificación positiva para la intervención penal, la hace más aceptable a los ojos críticos, sobre todo por sostener que la intervención del Estado se concreta en razón de la promoción de un bien, ya sea para el sujeto –que se vuelve una persona “mejor”–, o para la sociedad –que ve resuelto un caso más de control de peligrosidad³³⁹.

Este modelo punitivo nació dentro de las escuelas positivistas a finales del siglo XIX y, precisamente a consecuencia de las ya analizadas deformaciones que sufrió durante la segunda guerra mundial, vuelve reconfigurada en los años 50 del siglo XX, en consonancia con las políticas asistencialistas del Estado de bienestar.

El optimismo que surgió en ese período, unido a la satisfacción proporcionada por la creciente prosperidad económica, le dio esperanzas a la sociedad en cuanto a la recuperación del delincuente. Una vez equilibrada la economía, bullían las ideas de solidaridad, integración social, rehabilitación y aplicación mínima de la pena privativa de libertad, considerada acertadamente como desocializadora y estigmatizadora³⁴⁰. Junto a esas nuevas expectativas, mucho se prometió durante el proceso de legitimación del control del delincuente a través de

³³⁹ “Desde luego, la privación de libertad se justifica mejor con la finalidad rehabilitadora, porque, en el fondo, los motivos benéficos ocultan mejor el poder coercitivo del Estado. Los buenos motivos del Estado parecen menos amenazantes para la libertad y la autonomía individual”. FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 54.

³⁴⁰ LARRAURI PIJOÁN, Elena/ CID MOLINÉ, José, “Introducción”, en Larrauri Pijoán, Elena/ Cid Moliné, José (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 17 y 18.

su transformación personal, asignándose a la pena el peso de una responsabilidad que, como se sabe, ésta no podría sobrellevar.

No obstante sus nuevas características, muchas de las ideas utilitarias de los antiguos movimientos de defensa social se podían percibir todavía en los más actuales discursos criminológicos de la posguerra. La renovación de las ideas ilustradas, por las que la pena preventiva, revestida del carácter correccionalista, asumía nuevos fines y abrazaba la cultura de la resocialización, convivía en armonía con las ideas de transformación no voluntaria del sujeto autor del comportamiento disidente; así que, a pesar de sus fines humanitarios, llevaba en su esencia una cierta medida de intolerancia y autoritarismo³⁴¹.

Hay que tener en cuenta que los positivistas originarios delimitaron con objetividad las nuevas fronteras de la lucha contra la criminalidad y sustituyeron la culpabilidad y la libertad de voluntad por la peligrosidad y el determinismo. Los efectos de la inserción de esos nuevos paradigmas en el sistema penal, aunque con la promesa de alejarse de la metafísica y acercarse al empirismo, dan inicio a una nueva cultura punitiva basada en elementos igualmente abstractos, pues tampoco se podría demostrar efectivamente la capacidad curativa de la pena correctiva.

La introducción de tales mecánicas punitivas de forma tan inmediata en las instancias de control y ejecución de los crímenes y de las puniciones demuestra no sólo una cierta precipitación en ofrecer soluciones para la gestión de la criminalidad por parte de los detentadores del poder, sino la inquietud de reservarse para ellos mismos el monopolio de la gestión de los indeseados, en relación a los cuales el compromiso de respeto a los derechos humanos podría ser relativizado por el argumento de la peligrosidad: criterio abstracto, indefinido y de difícil comprobación científica³⁴².

³⁴¹ “La impresión de los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del Derecho penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un Derecho penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de los delincuentes”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 90.

³⁴² Fue esa realidad la que llevó a LÓPEZ-REY a acusar a las élites intelectuales, de donde salieron los autores responsables de esta orientación doctrinal, de inventar no sólo la peligrosidad, sino la idea de la recuperación de los sujetos marginados, de los inadaptados. Al respecto, manifiesta el autor: “Desde el punto de vista socioeconómico la criminología ha nacido en una sociedad preindustrial y capitalista para la cual los delincuentes pertenecían casi exclusivamente a las categorías menos favorecidas [...]. De otra parte, la mayoría de los autores de esta criminología pertenecían –y siguen

También es posible que la inclusión prematura de esas nuevas propuestas en las pautas punitivas tenga que ver con la necesidad de ofrecerle a la población respuestas a sus exigencias de seguridad, evocando, como plantea YOUNG, “una nostalgia por el mundo incluyente del pasado”, prometiendo efectividad en la solución de problemas tan complejos³⁴³.

En todo caso, a través de la idea de la resocialización queda establecida la cultura del comportamiento modelo, el cual, asumido por la mayoría, debe ser seguido por la minoría. Los que voluntariamente se ponen al margen de la estandarización, necesitan estandarizarse. Ello significa, precisamente, que el individuo cuya socialización sea deficiente, insólita o cuyo modo de portarse o de comprender el mundo no forme parte del actuar medio, tiene la obligación de normalizarse, pues el Estado posmoderno, aunque extremadamente diverso, no parece tolerar la diversidad³⁴⁴. Y a quienes se obstinen en sostener la conducción de sus vidas en contra de lo legalmente establecido, le regalarán su inmediata

perteneciendo- a las clases o a los grupos sociales privilegiados. Y es esta criminología de clase la que ha inventado la peligrosidad, la readaptación y, sobre todo, se ha servido de ellas como piedra de toque de la personalidad del delincuente”. LÓPEZ-REY, Manuel, en *CPC*, 1983, p. 20. En esta línea dice BUSTOS RAMÍREZ: “Libre albedrío y peligrosidad son simples formas ideológicas para colocar al control estatal por encima de la persona, para radicar en ella la maldad y de esa manera pasar por alto cualquier otro cuestionamiento. El sistema es inmaculado, neutro, por eso el horror a cualquier planteamiento que critique el sistema o que lo ponga a debate, sólo a las personas hay que ponerlas en la picota”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad”, en Díez Ripollés, José Luis/ Romeo Casabona, Carlos María/ Gracia Martín, Luis/ Higuera Guimerá, Juan Felipe (Edits.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, reimpresión, 2003, p. 6.

³⁴³ Al respecto, dice YOUNG: “La diversidad de la Modernidad tardía evoca una nostalgia por el mundo incluyente y seguro del pasado; el aumento del delito y el desorden característico del período, crea la demanda por un arreglo rápido, una panacea que recree las calles y los patios seguros de los recuerdos de la infancia”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trads. Roberto Bergalli/ Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 192.

³⁴⁴ “La transición de la Modernidad a la Modernidad tardía, así quisiera decirlo, incluye un notable cambio: esto es, una inversión de las estructuras de la tolerancia. El mundo moderno es intolerante con la *diversidad*, a la cual intenta absorber y asimilar, mientras es relativamente tolerante con la dificultad de obstinadas personas y recalcitrantes rebeldes, a quienes ve como un desafío a rehabilitarlos y reformarlos. El mundo de la última Modernidad celebra la diversidad y la *diferencia*, a la cuales absorbe y hace entrar en razón fácilmente; lo que no puede soportar son las clases *peligrosas* y las personas difíciles, respecto de las cuales intenta construir las más elaboradas defensas, no precisamente en términos de extraños e integrados, sino a lo largo y ancho de la sociedad”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 100 (la cursiva pertenece al original). Y continúa el autor: “El acento en la Modernidad es atropofágico: los desviados están para ser absorbidos. Los delincuentes son rehabilitados, los locos y los adictos curados, los inmigrantes asimilados, los jóvenes «adaptados», las familias disfuncionales orientadas”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 101.

clasificación como peligrosos o amenazadores, lo que resulta en la irrenunciable necesidad de transformación de esos sujetos³⁴⁵.

Para el pensamiento preventivo especial, lo que importa no es simplemente que el hombre esté predeterminado a cometer delitos por sus circunstancias biológicas o socioeconómicas, sino que el Estado actúe contra la presunta peligrosidad que este sujeto representa –y que lo convierte en un individuo incapaz de luchar contra esos instintos–, interfiera en su libertad y lo someta a un tratamiento que lo adaptará a la convivencia social. De ese modo, tal intervención le garantizaría un futuro dentro de los parámetros morales establecidos por la sociedad que lo condenó³⁴⁶.

En todo caso, en lo referente a aquéllos cuyas características o historial les conducen a las clasificaciones negativas más extremas, respecto de los que se entiende que no hay mucha esperanza de recuperación, la intervención, aún más represora, actuaría objetivamente para excluirlo de la sociedad libre, con el mero fin de contención. Actuando contra ellos, el Estado estaría realizando su compromiso de garante o protector del equilibrio y aseguramiento sociales. Tal responsabilidad, sin embargo, parece ejercerse sólo respecto al grupo social en libertad, ya que no se tiene en consideración la peligrosidad con relación a las posibilidades de conflictos, crímenes y actos de violencia dentro de los establecimientos penitenciarios que contendrán a estos sujetos. (Sobre la incapacitación, véase *infra*).

Como sostiene FLETCHER, la cultura del tratamiento ha creado un conflicto entre la intervención penal y la intervención con fines de recuperación, no

³⁴⁵ “Pero como, por otra parte, los pronósticos sobre la resocialización del afectado son inseguros –y hasta el concepto mismo de la resocialización es impreciso– en la práctica todo ello se presta para arbitrariedades: si se quiere evitar que los disidentes se reincorporen a la convivencia y creen problemas a quienes detentan el poder, basta con declarar que no se encuentran preparados para hacerlo o, simplemente, que son irrecuperables. Dado que no existen patrones objetivos firmes con los cuales contrastar esas decisiones, tampoco pueden impugnárselas con perspectivas de éxito”. CURY URZUA, Enrique, “La prevención especial como límite de la pena”, en *ADPCP*, T. 41, F. III, 1988, p. 687. Y continúa el autor: “La tarea que la teoría de la prevención especial pretende confiar a la pena no es la resocialización de un sujeto que se ha «desviado» de un camino nítidamente demarcado y al cual hay que hacerlo regresar, sino una modificación total de su socialización originaria, a la que se juzga inapropiada”. CURY URZUA, Enrique, en *ADPCP*, 1988, p. 692.

³⁴⁶ “Ello deriva de una visión mecanicista y biologista del ser humano como ser determinado por una serie de factores que no puede controlar y de los que no se le puede hacer responsable. Lo relevante desde una perspectiva jurídica no es que se aparta de una visión determinista del ser humano, sino que se considera que ello debe conducir a un «tratamiento científico» de la delincuencia”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 131.

necesariamente punitiva, extendiéndole a aquélla la ausencia de respeto a los parámetros garantistas que ya se entendían justificados para ésta a principios del siglo XX. Por lo demás, ese conflicto le resultó muy conveniente al Estado, pues lo autorizaba a castigar –bajo el argumento de la rehabilitación– indeterminadamente y sin límites, expandiendo el ámbito coercitivo del sistema penal establecido en aquel tiempo³⁴⁷.

Por lo que se cree, la idea de la reeducación a través de la pena proviene en gran parte de las medidas de seguridad que, por su propio origen y por la imposibilidad de su aplicación con fines de punición respecto a ciertos sujetos, se establecen en los ordenamientos jurídicos como una reacción penal preventiva. Ese cambio de paradigma llevó a la sustitución de los límites vinculados a la culpabilidad por los de la peligrosidad, lo que no tardaría en conducir a la convicción de que la mera reeducación ya no sería suficiente. El ideal ahora sería la transformación del sujeto, sin preservar la “libertad moral” o la “naturaleza espiritual del hombre”³⁴⁸.

Para BETTIOL, este proceso, que perdía sus caracteres pedagógicos y espirituales, se aproximaba al adiestramiento del ser humano, a través del cual se buscaba introducir en la mente del individuo el “hábito a las técnicas de vida social” y no referencias morales, convirtiéndose en una mera herramienta utilitaria, lo que debería ser rechazado³⁴⁹. Dicho autor profirió severas críticas contra este modelo

³⁴⁷ “Pero, a veces, el internamiento se decreta con fines de tratamiento y no de castigo; es decir, en beneficio terapéutico de la persona internada. Basándose en esta idea, a comienzos del siglo XX surgió un movimiento de reforma que consiguió que en los Estados Unidos los *centros de internamiento para jóvenes* se convirtieran en casas de acogida, destinadas sólo a ayudarles a evitar su recaída en el delito. Y precisamente porque el propósito del internamiento de los jóvenes se consideraba una «ayuda benéfica», en los procesos en los que se decretaban dichos internamientos se prescindía de los derechos y garantías constitucionales que rodean el proceso penal”. FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 51.

³⁴⁸ “Constituyeron, por otra parte, el instrumento de ruptura de una concepción tradicional del derecho penal, cuando en nombre de la peligrosidad y de las exigencias de defensa se pretendió intervenir, no ya represivamente sino preventivamente, con el objetivo de eliminar las causas del crimen. Pero fue por ese motivo que se operó la gran subversión penalística cuando la idea matriz de todo el Derecho penal dejó de ser la idea de la culpabilidad, sustituida por la peligrosidad, con una importante consecuencia: la de que más que de reeducación, en relación a las medidas, se debiera hablar de readaptación o recuperación social, dado que el presupuesto de la medida consiste en una tara naturalística a eliminar, sin ninguna referencia a la idea de libertad moral y de la naturaleza espiritual del hombre”. BETTIOL, Giuseppe, “O mito da reeducação”, trad. Alberto Silva Franco, en *RBCDP*, nº. 6, jul-set, 1964, p. 9 (la traducción es nuestra).

³⁴⁹ “El proceso de *naturalización* de la idea preventiva pedagógica es llevado, por medio del criterio de la readaptación, a sus más radicales consecuencias, privado de todo «valor», vaciado de todo contenido espiritual, identificado en sustancia con la idea de adiestramiento o de hábito a las técnicas

punitivo, por entender que el uso de la pena con el objetivo de adaptar al sujeto a los intereses o al comportamiento de la mayoría demuestra que la voluntad individual no importa, sino la “exigencia colectiva o la razón de Estado” que trata de imponerse sobre la consciencia de aquél³⁵⁰.

Reiterando su pensamiento retribucionista, BETTIOL defendía la importancia de que la pena estuviera compuesta por ideales éticos que le aseguraran al condenado un porcentaje de libertad que el Estado no podría retirarle, no simplemente por el contenido de la punición en sí, sino en el sentido de no poder obligar al individuo a actuar de forma contraria a sus intereses³⁵¹. Y, por tanto, agregaba este autor que “nadie puede obligar al hombre al bien”, para que no se pervirtiera el significado moral de la punición, y para que no se lesionara la libertad de orientación del sujeto³⁵². De la misma forma, el Estado no podría imponer la virtud, sino sólo garantizar las condiciones necesarias para que tal comportamiento

de la vida social, de que puede también ser objeto un animal. Falta así todo momento espiritual y la enmienda, como sinónimo de apertura del espíritu a los valores morales, es desterrada del ámbito penal. Eliminar del Derecho penal todo criterio ético de base o de valoración quiere decir -en mi opinión- arrancar a nuestra disciplina de un terreno fecundo, o mejor dicho el único fecundo”. BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, pp. 9 y 10 (la traducción es nuestra).

³⁵⁰ “Interesa, en realidad, a la sociedad políticamente organizada que sus miembros «caídos» a través del delito sean recuperados y reinsertados en el proceso de desarrollo: que pasen sobre todo a orientar su mente y su conciencia en modo y dirección tales, que les permitan estar en plena sintonía con los intereses colectivos o de la mayoría. No es la persona individual la que importa en este sentido; no es su apertura sobre un mundo de valores que él libremente estima y acepta, sino la *exigencia colectiva* o la *razón de Estado* que comprime la conciencia individual para forzarla a aceptar un determinado programa de vida que se inserta y se articula en la programación social y política del todo. Cuando a través de tal proceso no se eduque para la *hipocresía*, se vulnerará en todo caso la libertad interior de la conciencia individual que ningún organismo de fuerza o de grupo puede ser autorizado a violar”. BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, p. 10 (la cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra).

³⁵¹ “Permanece en la base de un Derecho penal que quiera servir a la libertad del hombre, como momento fundamental y esencial, una *indicación ética*, en virtud de la cual el individuo debe ser considerado portador de una ley de libertad que el Estado no puede impunemente violar. Tal indicación no sirve solamente para individualizar los valores o las exigencias éticas que el Derecho penal debe o está llamado a superar [...] pero tal indicación *sirve* sobre todo para fijar el *tipo de hombre* que debemos tener presente para que el Derecho penal, de instrumento de libertad, no degenera en un instrumento de prevaricación y de opresión”. BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, p. 11 (la cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra).

³⁵² “Nadie puede obligar al hombre al bien porque en este caso la acción perdería su más preciso significado moral. Nadie es autorizado a penetrar en lo íntimo de la consciencia humana para procurar imprimir una determinada orientación”. BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, p. 10 (la traducción es nuestra).

pudiera realizarse, a fin de que el sujeto pudiera seguir el camino del bien y repeler el mal³⁵³.

Como indica MUÑOZ CONDE, las teorías preventivas necesitan ser observadas con cuidado porque, además de no convencer en cuanto a su efectividad, en lo referente a su capacidad real de prevenir nuevos delitos y de rehabilitar al sujeto, pueden, bajo el argumento de la utilidad, conducir a intervenciones penales graves que no soporten una mirada más de cerca en el respeto de los principios de la justicia³⁵⁴.

Es precisamente porque no se confía en la eficacia de la prevención especial positiva, como señala BACIGALUPO ZAPATER, y debido a la preocupación por la imposición de intervenciones abusivas o permisivas, por parte de la gestión penitenciaria, por lo que se introdujo la culpabilidad (un medio metafísico de determinación de la responsabilidad y, consecuentemente, de la intensidad de la pena), parámetro característico del modelo retributivo y contradictorio con la idea de la determinación del sujeto, como un marcador temporal de la intervención punitiva resocializadora³⁵⁵.

Pero, ¿cómo podía entenderse que una pena preventiva, justificada por la incapacidad del sujeto para actuar de modo diferente hasta el punto de necesitar del apoyo del Estado para readaptarse, pudiera medirse con un criterio exclusivamente

³⁵³ “El Estado no puede imponer la virtud. Sólo puede, o mejor, debe, crear las condiciones para que el hombre pueda llevar una vida virtuosa para que el individuo –queriéndolo– de ella pueda aprovechar, por ser la virtud el bien de mayor realce y significado que el hombre puede adquirir en el curso de su existencia; virtud que es sinónimo de inclinación para hacer el bien, facilidad para repetir buenas acciones y para repeler los atractivos del mal o del crimen. Negándose todo esto, se niega la propia impostación de la libertad”. BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, p. 11 (la traducción es nuestra).

³⁵⁴ “Pero la objeción principal contra las teorías preventivas no se deriva sólo de su ineficacia o inutilidad en la prevención especial o general de la criminalidad, sino de que, aun pudiendo demostrar su eficacia en el caso concreto, esa eficacia tiene que ser compatible con determinados principios normativos de *Justicia* que, por imperativo del Estado de Derecho, son vinculantes para los operadores jurídicos y que constituyen, por tanto, un límite infranqueable a una finalidad puramente preventiva movida por puras razones de eficacia”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 223.

³⁵⁵ “La introducción de la culpabilidad como límite (no científico) de la gravedad de la pena manifestó, aunque sin hacerlo explícito, el escepticismo respecto de las posibilidades de la pena como medio para alcanzar la resocialización. En otras palabras: limitación de la duración del tratamiento por la gravedad de la culpabilidad era, en realidad, la expresión de las dudas sobre un derecho penal fundamentado en las ciencias sociales”. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre el derecho penal y su racionalidad”, en Gómez-Jara Díez, Carlos (Coord.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Comares, 2005, p. 331.

basado en la libertad del individuo para actuar y elegir el camino que más se conforma a sus ideales? ¿Se puede deducir de ello que la propia justicia se dio cuenta de los riesgos que podían representar la corrección o las condenas indeterminadas?

Si es verdad que, como afirma MORSELLI, negar la naturaleza retributiva de la pena es también negar la culpabilidad, el fin del castigo quizás haya llegado a una paradoja³⁵⁶ en la que la dicotomía prevención-retribución se ha convertido en una composición que hace difusas las fronteras que separan ambos ideales punitivos.

En cualquier caso, y a pesar de las ya conocidas y exhaustivamente debatidas críticas a este modelo, la inexactitud y la ambigüedad de la idea y de las palabras que expresan la cultura de la resocialización facilitaron la aceptación de la prevención especial positiva en numerosos países desarrollados, como también su aplicación en las formas más diversas³⁵⁷. Desde los ‘programas máximos’, que procuraban transformar las bases morales y éticas del individuo, hasta los ‘programas mínimos’, que entendiendo el Estado democrático como un ámbito pluralista, donde no cabían interferencias morales demasiado invasivas³⁵⁸, sólo se motivaba al condenado a respetar las leyes haciéndole interiorizar el miedo a las consecuencias jurídicas del delito. Sin embargo, yuxtaponiéndose a la citada orientación, como recuerda BARATTA, también en algunos países del continente europeo, víctimas de movimientos terroristas, al mismo tiempo en que se defendía la cultura de la pena curativa, ya se empezaba a aceptar la creación de medidas excepcionales de emergencia, nada comprometidas con la resocialización³⁵⁹.

³⁵⁶ “Debería ser para todos claro que si se le niega a la pena su naturaleza retributiva, entonces, necesariamente se viene también a negar que la base de la responsabilidad penal está en la culpabilidad”. MORSELLI, Elio, “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, en *ADPCP*, T. 48, F. I, 1995, p. 273.

³⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 142.

³⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, en *ADPCP*, T. 32, F. 3, 1979, p. 664; MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 143.

³⁵⁹ BARATTA, Alessandro, “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado”, en Elbert, Carlos Alberto (Dir.)/ Belloqui, Laura (Coord.), *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, B de F, 2004, p. 376. En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Sobre la resocialización de los presos terroristas”, en *JD*, nº. 35, 1999, p. 28.

En cualquier caso, es importante resaltar que las esperanzas puestas en dicho ideal parecen infundadas, sobre todo porque lo que se considera como índice de éxito del tratamiento también es en sí contradictorio. La reincidencia no necesariamente tiene lugar por ineficacia del proceso de recuperación al que es sometido el sujeto, como tampoco la no reincidencia demuestra la eficacia del tratamiento³⁶⁰. Por lo tanto, parece excesivo establecer como meta el que todos los condenados sean resocializados.

En este sentido, muchos delitos son cometidos por individuos plenamente conscientes, que no necesitan ningún tipo de proceso educativo para comprender que su acto es reprobado por la sociedad y, precisamente por esta razón, respecto de ellos no es necesario el esfuerzo correctivo, ya que esos delincuentes están debidamente socializados y no precisan de ninguna ayuda estatal para alejarse de futuros delitos estando en libertad.

Sin embargo, también habrá otros sujetos respecto de los que no cabe esperar que alcancen la resocialización porque independientemente del tratamiento al que se les someta, del confort del establecimiento penitenciario, de las buenas relaciones que llegue a construir durante la condena o del nivel de la formación educativa que le impartan los profesionales encargados de la gestión del tratamiento, el sujeto siempre actuará en el ámbito de la criminalidad, quizás porque conducir su vida al margen de los valores, de los hábitos y de los estándares de la sociedad sea la única forma en que le interesa convivir, y eso también debe ser respetado³⁶¹.

Por otro lado, también es posible que el sujeto que ha sido tratado cometa un nuevo delito, sin que para ello tengan que darse las mismas circunstancias que lo llevaron a cometer el hecho por el que se le condenó originariamente. Teniendo en cuenta la incidencia de ideas y comportamientos delictivos, naturales en las

³⁶⁰ “Personalmente, sin embargo, el criterio *jurídico-formal* de la *no reincidencia* no me parece convincente para fundamentar el diagnóstico resocializador, precisamente porque opera con un patrón estrictamente «formal» y prescinde de los cambios, evolución e impacto positivo del tratamiento en el penado. Cabe imaginar que haya sucedido esto último a pesar de una recaída puntual en el delito en los plazos convencionales que se computan. Y cabe lo contrario: que el ex penado no se haya resocializado aunque no conste judicialmente el hecho de su reincidencia”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena”, en *CPC*, nº. 100, 2010, p. 82.

³⁶¹ BETTIOL, Giuseppe, en *RBCDP*, 1964, p. 11.

relaciones construidas dentro de los establecimientos penitenciarios, se podría deducir que, a pesar del tratamiento, la reincidencia puede surgir incluso a consecuencia de la propia permanencia del sujeto en la prisión³⁶².

Ello nos conduce directamente a una de las cuestiones más relevantes entre las diversas críticas a la resocialización, que se refiere a las dudas sobre la capacidad terapéutica de la respuesta penal en general y de la pena privativa de libertad en particular³⁶³. Y ello porque esta pena excluye al individuo del ambiente social y lo introduce en un ámbito de marginación, discriminado por la sociedad, donde proliferan los vínculos con otros delincuentes: una nueva sociedad que tiene sus propias reglas de convivencia, no sólo en lo que se refiere a la relación con las autoridades penitenciarias y a las normas de conducta del establecimiento, sino también principalmente frente a sus compañeros, individuos igualmente sometidos a la pena de prisión, ahora vinculados a través de una “fraternidad criminal”³⁶⁴.

Como plantea BOTTKE, la acción criminal y la legal surgen como consecuencia de la imitación, de forma que la sensibilidad de quien la aprende y las condiciones para la enseñanza son precisamente lo que conduce a un modelo o a otro³⁶⁵. En todo caso, parece que ya está más que demostrada la incapacidad de la educación a través de la pena, no sólo por las dificultades que supone transmitirle al encarcelado algo positivo y perdurable u obtener un resultado funcional –orientarle a llevar una

³⁶² “La prisión, en la mayoría de los casos, no mejora al preso; la finalidad educativa, a la que tanto valor se concede en la moderna ejecución penal, se alcanza raras veces y con gran frecuencia el penado sale de la prisión más perverso y corrompido que entró. El enorme número de liberados que cometen nuevos delitos demuestra su escasa eficacia como medio de corrección”. CUELLO CALÓN, Eugenio, “¿Debe suprimirse la pena de prisión?”, en *ADPCP*, T. 5, F. III, 1952, p. 425.

³⁶³ “[...] se planteaba que la resocialización a través de la prisión, esto es, la rehabilitación para la vida en libertad mediante la privación de libertad, era un ejercicio de idealismo que no superaba la prueba de la confrontación empírica”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Sobre control y lógicas del castigo en el capitalismo postfordista”, en Brandariz García, José Ángel/ Fernández de Rota, Antón/ González, Rosendo (Edits.), *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, Diputación de Málaga, 2009, p. 30.

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 1985, pp. 99 y 100. En el mismo sentido ya GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, en *ADPCP*, 1979, p. 679; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, pp. 358 y ss.

³⁶⁵ “El primer dato básico consiste en que, tanto la organización criminal de contactos sociales, como aquella otra fiel a la legalidad, se aprende a través de la observación y la imitación. [...] Por consiguiente, se da un peligro de contaminación que depende de la sensibilidad del que aprende, del acceso por medio de la enseñanza que tenga a este ejemplo educativo suplente, y de la intensidad del acceso que se tenga a este último”. BOTTKE, Winfried, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, trad. Guillermo Benlloch Petit, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 54.

vida en libertad a través de medidas educativas impuestas en no libertad—, sino sobre todo por la necesidad evidente de que el penado tenga interés y motivación para reconstruir su forma de actuar conforme a la norma, frente a las diversas situaciones que la convivencia social promueve³⁶⁶.

Además, como sostiene BOTTKE, lo que el sujeto no logró asimilar en una vida libre, difícilmente lo aprenderá en un contexto penal y, aunque esto fuera posible, no se podría asegurar que éste sería un comportamiento estándar que el sujeto seguiría durante toda su vida. A ello se añade, como pone de manifiesto LÓPEZ PEREGRÍN, que, aun imaginándonos un sistema penitenciario absolutamente perfecto, la prisión no puede garantizar la no reincidencia porque “el mundo al que se devuelve a quien ha estado preso es imperfecto y las razones por las que se delinque (o, desde perspectivas más actuales, por las que se califica o convierte a alguien en delincuente) son muchas, variadas y complejas”³⁶⁷. En conclusión, los futuros conflictos, las futuras crisis o inconvenientes son tan imprevisibles como las futuras posibilidades de éxito, de satisfacción personal y de equilibrio.

En el mismo sentido se manifiesta NUVOLONE cuando sostiene que la resocialización parece más eficiente si se realiza “en función de la vida en libertad, y no de la vida carcelaria”³⁶⁸. Precisamente por eso, el citado autor entiende que el Estado debería dedicarse a reformar las bases del sistema penal, favoreciendo las medidas de semidetención o de libertad limitada. De esa forma serían mayores las probabilidades de éxito del tratamiento, ya que la intervención penal se concretaría en circunstancias más optimistas y favorables a la verdadera recuperación³⁶⁹.

³⁶⁶ “Los pensamientos de la resocialización han entrado en crisis no sólo por las dificultades prácticas que encierra la prevención especial educativa debido a la privación de libertad impuesta como pena continuada, sino también por la alta cuota de reincidencia y la duda teórica sobre lo adecuado de una educación, desde la falta de libertad, para un uso de la libertad respetuoso de la norma. [...] Esto significa, que la actuación jurídico-penal no tiene la capacidad ni puede tenerla, sin una autocatarsis de los afectados, de compensar los déficit de dimensión personal y social favorables, que han estado presentes mucho tiempo ante el hecho punible y/o de la carrera criminal, y se han desarrollado criminológicamente”. BOTTKE, Winfried, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 55.

³⁶⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “Del perdón”, Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, p. 498.

³⁶⁸ NUVOLONE, Pietro, “O problema da reeducação do condenado”, en *RBCDP*, nº. 11, out-dez, 1965, p. 12.

³⁶⁹ “La experiencia enseña que los peores delincuentes, pluri-reincidentes y habituales, son frecuentemente los mejores presos. El criterio de la conducta carcelaria, por lo tanto, es erróneo. Es preciso, pues, que se haga una profunda reforma penal y penitenciaria, en el sentido de favorecer,

Sin embargo, la propia legitimidad del tratamiento también ha sido objeto de severas críticas. Así, sectores doctrinales de izquierda han puesto en duda la capacidad de la sociedad para reeducar o resocializar al individuo, dado que es la propia sociedad la que, con sus características, valores y expectativas, puede originar la criminalidad³⁷⁰. Y no sólo porque sus estructuras estimulan y reafirman las diferencias y las discordias, sino también por ser esa misma sociedad la que define qué comportamientos deben ser criminalizados. De este modo, si se entiende que el crimen es fruto de la propia sociedad y no de problemas patológicos –o derivados de fallos del carácter o de la personalidad del delincuente–, la consecuencia lógica es interpretar que lo que debe ser modificado es la propia sociedad y sus estructuras, no el condenado³⁷¹.

Además, tiene razón MUÑOZ CONDE cuando afirma que en cualquier sociedad democrática coexisten valores variados y complejos que pueden contraponerse en cualquier momento, por lo que hablar de resocialización en un ambiente tan pluralista puede llevar a la superposición de las ideas de un grupo sobre otro³⁷². De esa forma, un sector de la doctrina entiende que la resocialización solamente es admisible si el condenado estuviera convencido de los valores que la sociedad desea imprimir en su pensamiento³⁷³. Eso se aplicaría incluso a los

dentro de ciertos límites, experiencias de semi-detención (las *open institutions*), de libertad condicional, libertad vigilada, libertad bajo palabra, también con relación a las penas de larga duración”. NUVOLONE, Pietro, en *RBCDP*, 1965, p. 12 (la traducción es nuestra).

³⁷⁰ “No es necesario resaltar que esta sociedad, blanco de todas las críticas, es la sociedad capitalista occidental, cuyas estructuras de jerarquía, de dominación y explotación -se dice- «producen» el crimen”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, en *ADPCP*, 1979, p. 681.

³⁷¹ BARATTA, Alessandro, en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, 2004, p. 380. En el mismo sentido ya MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 1985, p. 96; ROXIN, Claus, “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”, trads. Miguel Díaz y García Conlledo/Mercedes Pérez Manzano, en *CPC*, nº. 48, 1992, p. 800.

³⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco, “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *CPC*, nº. 7, 1979, p. 94.

³⁷³ “El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. El «derecho a no ser tratado» es parte integrante del «derecho a ser diferente» que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir. [...] El tratamiento impuesto obligatoriamente supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos en otros ámbitos”. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *CPC*, 1979, p. 102. En el mismo sentido, sostiene ROXIN que “[...] una terapia social, como en general cualquier medida resocializadora, sólo puede tener éxito si el condenado contribuye a ella por propia decisión; de lo contrario debería acudir a formas totalitarias de lavado de cerebro que están prohibidas en sí mismas en un Estado de Derecho”. ROXIN, Claus, en *CPC*, 1992, p. 804.

delincuentes por convicción, como es el caso de aquéllos que están involucrados en movimientos terroristas³⁷⁴.

Por otro lado, también representarían un obstáculo para el éxito de la resocialización los altos costes de la estructura de los establecimientos y la capacitación profesional de los funcionarios penitenciarios, responsables de la aplicación y la gestión del tratamiento, en la medida en que aquí entran en juego, sobre todo, los aportes financieros del Estado³⁷⁵.

En efecto, la creación y el mantenimiento de instituciones adecuadas –que puedan acoger a delincuentes de diversos perfiles y que dispongan de personal técnico con la formación necesaria para atender las diversas demandas según los distintos grupos de presos– dependen de que el Estado esté dispuesto a realizar considerables inversiones, lo que hace que la calidad de la intervención penal esté sujeta a las circunstancias económicas del momento. Y, por supuesto, en tiempos de crisis, los recursos públicos destinados a la recuperación terminan siendo colocados en un segundo plano, ya que, como recuerda MUÑOZ CONDE, la opinión pública y el legislativo no entienden la relevancia de las inversiones en los establecimientos penitenciarios³⁷⁶.

Otro ámbito donde han arreciado las críticas de la doctrina a la resocialización ha sido, por otro lado, el hecho de que se justificara desde este fin de la pena la aplicación de castigos y medidas sin límites temporales y sin parámetros éticos. Porque como señala HASSEMER, la resocialización, al contrario que la retribución, incide sobre la mente del condenado³⁷⁷ y lo modela en el sentido de lo que la sociedad entiende como comportamiento aceptable, desde la escala de valores morales establecida por ella. Eso tiene como consecuencia, como critica BARATTA, el

³⁷⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, en *JD*, 1999, p. 30. En el mismo sentido ya se había pronunciado antes MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 144.

³⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 1985, pp. 107 y 108. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, en *CPC*, 1992, p. 801.

³⁷⁶ “La crisis económica condiciona las inversiones de la Administración en la mejora o creación de nuevos centros penitenciarios capaces de cumplir las tareas de tratamiento y resocialización. Pero no sólo esto. También existe el dato muy importante de la falta de conciencia en la opinión pública y en los representantes parlamentarios de que los establecimientos penitenciarios deben ser mejorados, y de que su mejora y reforma es tan importante como la construcción de hospitales y escuelas”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 1985, p. 108. Y como apunta BERGALLI, ya que esas medidas no hacen ganar votos, terminaron siendo excluidas de los programas electorales. BERGALLI, Roberto, “La falacia penitenciaria”, en *JD*, nº. 13, 1991, p. 24.

³⁷⁷ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, p. 360.

ejercicio de una postura pasiva por parte del condenado frente a la institución penitenciaria. La resocialización supone someter al individuo a tratar a una condición de inferioridad ante la sociedad, que no lo reconoce como miembro si no ostenta los mismos valores y características de la mayoría³⁷⁸.

En lo que se refiere al contenido del tratamiento, también estamos de acuerdo con el sector doctrinal que ha criticado que la resocialización pretenda autorizar interferencias injustas en la vida o en la personalidad del individuo; medidas que no respeten su integridad física o mental, o que sean impuestas de forma autoritaria, sin la aceptación del condenado³⁷⁹. Al margen de que, si la resocialización implica directamente la necesidad de reeducación o corrección – siendo éste un proceso que depende, por parte del delincuente, de la modificación de caracteres individuales y, por parte del profesional responsable para su liberación, del entendimiento de que el mismo está reeducado–, la libertad del individuo en cuestión dependerá de una serie de variables. Elementos cuya interpretación puede cambiar dependiendo de quién sea el condenado y de quién sea el agente de la justicia, e incluso, hoy en día más que nunca, dependiendo de la repercusión mediática que alcanzó el delito de que se trate.

En efecto, es importante hacer lo posible para que la prevención especial positiva no sea un argumento para legitimar la protección de la sociedad a través de la prevención especial negativa. Evitar que la “necesidad del tratamiento” o la “expectativa de mejora” del individuo se usen como justificación para la segregación del condenado con la supuesta finalidad de salvaguardar a la sociedad de su presunta

³⁷⁸ BARATTA, Alessandro, en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, 2004, p. 380.

³⁷⁹ “Imponer a todo sujeto adulto medidas de tratamiento supone tratarlos de forma denigrante, como si fueran enfermos o inimputable, e implica también situarse en una posición de superioridad moral que no se aviene con la libertad ideológica, de modo que el consentimiento del tratamiento del sujeto adulto normal es condición indispensable de su legitimidad”. PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Fundamentos y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en *InDret*, nº. 2, 2011, p. 25. En el mismo sentido se manifiestan BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALAREÉ: “No se trata de someterlo a un tratamiento de reinserción social, pues ello significa su anulación como ser crítico y políticamente participativo en la relación social, sino de darle la oportunidad de profundizar en su condición de ser libre, de despejar los obstáculos sociales que han impedido su desarrollo personal”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 59.

maldad, por el tiempo en que perduren –o que se entienda que perduran– las condiciones que fundamentan su peligrosidad³⁸⁰.

Cabe afirmar, en todo caso, que la persistencia del ideal resocializador en la cultura jurídica occidental, a pesar de su comprobada ineficacia, se justificaría más por su orientación a la imposición de penas y de tratamientos penales humanizados que por la intención de transformar al sujeto condenado³⁸¹, quizás porque, como plantea GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la resocialización, en muchos momentos, se entiende como una ideología antagónica a la retribución y, por lo tanto, más humanizada³⁸².

En este sentido sostiene BOTTKE que la prevención *especial* positiva no sería ya un fin de la pena, sino un reto al cual la misma puede orientarse, quedando la posibilidad de que la punición se convierta en un esfuerzo para la «conservación de la disposición de la comunidad a la observancia de la norma», o sea, en prevención *general* positiva³⁸³. Y en ese mismo sentido se manifiestan muchos otros autores.

No muy diferente es la opinión de HASSEMER cuando sostiene que tanto la intimidación como la resocialización son medios para el «aseguramiento de las normas fundamentales»³⁸⁴. Y, como es importante recordar, las normas que necesitan ser aseguradas y respetadas no son sólo aquellas obvias constantes del código penal, sino las de todas las otras ramas del Derecho que con ellas se entrecruzan: la Constitución, las normas procesales, etc. Así se puede asegurar que el tratamiento del acusado o del condenado, en todas sus instancias, debería ser

³⁸⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, en *ADPCP*, 1979, p. 671.

³⁸¹ Es por ello, como ponen de manifiesto HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que la terapia social emancipadora trató de ocupar este espacio, buscando, dentro de las posibilidades constitucionales y de la preservación de la autonomía del delincuente, colaborar con la solución de los factores externos que conducirían a la criminalidad. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 166.

³⁸² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, en *ADPCP*, 1979, p. 675.

³⁸³ “La prevención especial positiva no es ninguna finalidad de la pena que pueda ser pretendida. La prevención especial positiva constituye, efectivamente, la misión, el reto de las penas privativas de libertad y juveniles, y a ello «debe» aspirar su ejecución [...]”. BOTTKE, Winfried, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 56.

³⁸⁴ “Los fines de la pena en cuanto a la resocialización del delincuente y la intimidación de la generalidad tienen indiscutiblemente, en este contexto, su lugar (aunque sea modesto), pues ambas son medios para el aseguramiento de nuestras normas fundamentales”. HASSEMER, Winfried, en *RDPC*, 1999, p. 324.

conforme a sus derechos y a la dignidad humana, que todo sistema penal debería interesarse en proteger³⁸⁵.

Obviamente, la transformación del sentido de la punición viene de la mano de una profunda transformación de la sociedad. Al respecto, afirma BACIGALUPO ZAPATER que los fines de la pena en la actualidad están relacionados con los cambios acerca de la racionalidad. Porque, si en el siglo XX el Derecho penal se basaba en la idea de la racionalidad instrumental –utilitaria/preventiva–, actualmente responde a una racionalidad comunicativa, entendiéndose que son dichas relaciones comunicativas lo que sostienen al Derecho y a la sociedad³⁸⁶. Dentro de la misma lógica, si en el siglo XX la doctrina se oponía a las teorías metafísicas alejadas de los resultados empíricos, hoy se entiende que la pena preventivo especial, por no poder comprobarse el alcance de los fines terapéuticos que pretendía, se encuentra en un nivel de abstracción similar al de aquéllas³⁸⁷.

Es precisamente debido a dichas transformaciones por lo que el sistema penal progresivamente abandona muchos de los marcadores constitucionales que le atribuían características democráticas y consolida una postura cada vez más autoritaria. Hoy por hoy, no parece posible contener dicha tendencia autoritaria, pues las propuestas que se refieren a la gestión de la criminalidad, después de la quiebra de la resocialización, no se encuentran tampoco exentas de críticas, además

³⁸⁵ HASSEMER, Winfried, en *RDPC*, 1999, p. 325 y ss. Además, dice el autor: “La pena encuentra su sentido como instrumento del Derecho penal en su globalidad, incluido el Derecho procesal, y esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de Derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo”. HASSEMER, Winfried, en *RDPC*, 1999, p. 327.

³⁸⁶ “La transformación de la concepción de la sociedad y la ampliación de la racionalidad o la racionalidad comunicativa ha tenido un reflejo decisivo en la configuración de la actual discusión sobre la teoría de la pena. Paralelamente a lo sucedido en las ciencias sociales, en las teorías de la pena se percibe un cambio en la *idea de racionalidad*. El derecho penal del siglo XX y, sobre todo, los programas de reforma del derecho penal han estado vinculados a una idea de racionalidad instrumental en la que se supuso que el derecho penal era un medio adecuado para la prevención del delito”. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, en *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 330 (la cursiva pertenece al original).

³⁸⁷ “Por lo tanto, resulta claro que mientras no sea posible demostrar que el derecho penal es un medio que permite alcanzar el fin que lo legitima, su racionalidad, desde el punto de vista de la racionalidad *instrumental*, desaparece. ¿Qué diferencia existiría entre una teoría metafísica (por lo tanto **no** racional) y una teoría empírica sin confirmación empírica? Consecuentemente: en el marco teórico que ofrece la moderna concepción de la sociedad y la racionalidad comunicativa, un derecho penal racional sólo se puede fundamentar *desde una idea distinta de la racionalidad instrumental*”. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, en *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 332 (la cursiva pertenece al original).

de que muchas de ellas, en vez de oponerse a la tendencia antidemocrática, más bien la fomentan.

Al respecto, analizaremos a continuación algunas de estas propuestas autoritarias, junto con otras que, en contra de este movimiento, tratan de disminuir las presiones por exceso de punitivismo.

II. WHAT WORKS?

Muchas de las críticas respecto de la eficacia del tratamiento penitenciario y de la resocialización partieron de la no disminución de los índices de reincidencia en el ritmo y de la forma que se creía poder alcanzar, lo que llevó a los criminólogos a perder las esperanzas acerca del control de la violencia, llegándose al extremo de concluir que nada funcionaría³⁸⁸.

El artículo que dio origen a esta idea (*nothing works*), publicado a mediados de los años setenta del pasado siglo, compiló cerca de 200 estudios en los que se evaluó a un número considerable de individuos sometidos a alguna forma de intervención curativa. La conclusión fue que la reincidencia era inevitable en la mayoría de los casos y que, aunque aparentara alguna efectividad en no muchos sujetos, no era posible, sin embargo, desarrollar un patrón de eficacia que pudiera ser replicado posteriormente³⁸⁹.

³⁸⁸ BECKETT, Katherine, *Making crime pay. Law and order in contemporary american politics*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 8. También HASSEMER sostenía que uno de los principales problemas de la resocialización surge con las dificultades para llegar a resultados mensurables sobre su eficacia, además de la no disminución de las cifras de reincidencia en la medida que se esperaba. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, pp. 334 y 355. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, en *CPC*, 1992, p. 802; FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 61.

³⁸⁹ “Es posible que algunos de nuestros programas de tratamiento estén funcionando hasta cierto punto, pero que nuestra investigación sea tan mala que sea incapaz de confirmarlo. Teniendo en cuenta esta seria advertencia, estoy obligado a decir que estos datos, que involucran más de doscientos estudios y centenares de miles de individuos, son los mejores disponibles y nos dan muy pocas razones para tener esperanza de que hayamos encontrado realmente un medio seguro de reducir la reincidencia por medio de la rehabilitación. Eso no quiere decir que no hayamos encontrado ejemplos de éxito o de éxito parcial; significa que esos ejemplos fueron aislados, no produciendo ningún claro patrón que indique la eficacia de ningún método de tratamiento en particular”. MARTINSON, Robert, “What Works? Questions and answers about prison reform”, en *PI*, I. 35, 1974, p. 49 (la traducción es nuestra).

En los citados estudios se analizaron desde cuestiones relativas a la influencia de la educación y el entrenamiento profesional durante la pena hasta mejoras y cambios en la infraestructura de los establecimientos, pasando por cirugías e intervenciones químicas, concesión de medidas extracarcelarias, como *probation* y *parole*, así como muchos otros tratamientos penales. Coincidentemente, ninguno de ellos presentó resultados satisfactorios que pudieran señalar un camino hacia medidas curativas más precisas.

Estos datos y la realidad que presentaron fueron los responsables de que se pusiera en duda tanto la resocialización como un proceso rehabilitador, como la propia idea de que el crimen era una enfermedad social susceptible de ser curada³⁹⁰. Asimismo, hizo que se cuestionaran la calidad y la precisión de los estudios y de los tratamientos empleados en aquel tiempo³⁹¹.

Estos mismos datos también dieron lugar a que políticos neoconservadores, partidarios de la cultura de la ley y orden, pusiesen de manifiesto los fallos de la resocialización, aprovechando de paso para alegar que la política criminal se preocupaba más de los derechos de los delincuentes que de la protección social³⁹². Mientras tanto, la víctima y la sociedad exigían más compromiso por parte del Estado con relación a sus sufrimientos y a sus miedos a la victimización.

La resocialización caía en descrédito: si por un lado la doctrina alertaba de los abusos respecto a los derechos de los condenados y criticaba los equívocos de esta

³⁹⁰ “Nuestros actuales programas de tratamiento están basados en una teoría del crimen como «enfermedad», es decir, como algo extraño y anormal en el individuo que presumiblemente puede ser curado. Esta teoría puede muy bien ser defectuosa en la medida en que ignora -en realidad, niega- tanto la normalidad del crimen en la sociedad como la normalidad de la persona en una proporción muy grande de delincuentes, criminales que están simplemente respondiendo a los hechos y condiciones de nuestra sociedad”. MARTINSON, Robert, en *PI*, 1974, p. 49 (la traducción es nuestra).

³⁹¹ “Es posible que simplemente nuestros programas aún no sean suficientemente buenos -que la educación que ofrecemos a los prisioneros aún sea pobre, que la terapia que administramos no sea administrada con habilidad suficiente, que nuestra supervisión y asesoramiento intensivos aún no ofrezcan apoyo personal suficiente para los infractores que están sujetos a ellas. Si deseamos creer eso, entonces lo que nuestro sistema correccional necesita es simplemente un mayor compromiso con la estrategia de tratamiento”. MARTINSON, Robert, en *PI*, 1974, p. 49 (la traducción es nuestra).

³⁹² “Las críticas apuntaban que una de las razones fundamentales por la cual los delincuentes se veían beneficiados, radicaba en la noción rehabilitadora, empeñada en curar las dolencias de los condenados en lugar de concentrarse en la imposición del castigo que les correspondía. En muchos de estos casos se sabía que el así favorecido volvía a cometer delitos”. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidad punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, pp. 261 y 262.

teoría, por otro lado la opinión pública y los medios de comunicación entendían que el modelo era permisivo con el crimen, que no reprimía la violencia suficientemente y que no era eficaz para controlar el delito³⁹³.

Sin embargo, es importante recordar que, independientemente de los resultados reales de la resocialización, las circunstancias económicas resultantes de la cultura postindustrial, de la quiebra del *welfare state* y de la globalización, que serán debidamente analizadas en el capítulo tercero, favorecieron el crecimiento de la criminalidad callejera y el surgimiento de nuevas prácticas delictivas. En un ambiente de exclusión, marginación y disputa, como fueron las últimas décadas del siglo XX, los índices de criminalidad no podrían haberse reducido aunque la rehabilitación penal fuera eficaz³⁹⁴.

Todos esos factores, que en conjunto ocasionaron una nueva imagen del delincuente, unidos a la necesidad real o imaginaria de mayor protección social, condujeron a reflexiones y debates respecto de la reacción penal adecuada a los nuevos tiempos. El Estado, ahora más preocupado por la satisfacción popular que por resultados concretos, pasó a priorizar la condición de la víctima³⁹⁵ y la cultura de la inseguridad ciudadana –dejando de lado la lucha contra los problemas que

³⁹³ “La praxis de asesinatos cometidos por sujetos que gozaban de permisos de salida, la magnificación de la inseguridad ciudadana por ciertos medios de comunicación inescrupulosos, el aumento de la violencia terrorista de los últimos tiempos, han propiciado un retraimiento real de la orientación resocializadora de la pena”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, en *JD*, 1999, p. 28. Y como pone de manifiesto BRANDARIZ GARCÍA, “[...] desde una perspectiva conservadora se planteaba que la prisión no servía para garantizar la seguridad de la colectividad, reduciendo la comisión de delitos, debido a su excesiva benignidad; en concreto se denunciaba un desacertado entendimiento de las causas del delito, que conducía a un diseño resocializador que, por un déficit de severidad, incentivaba la reincidencia”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 30.

³⁹⁴ “Pues a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal: la miseria y la extinción de uno tienen como contrapartida directa y necesaria la grandeza y la prosperidad insolente del otro”. WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, versión de Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000, p. 79 (la cursiva pertenece al original).

³⁹⁵ Como ejemplos recientes de la revalorización de la víctima, BERISTAIN menciona la creación del “Día Europeo de las víctimas de terrorismo”, fijado el 11 de marzo, y las exigencias de la ONU de que sea reconocida su dignidad (en especial la de las víctimas de terrorismo). BERISTAIN, Antonio, “Desde la victimología de mínimos hacia la victimología de máximos”, en *CPC*, nº. 85, 2005, p. 257. LARRAURI añade que en razón de la necesidad de responder a la víctima, característica de ese nuevo Derecho penal “no rehabilitador”, se diseminaron tanto las ideas de justicia restauradora, como de la aplicación de penas alternativas, en algunos casos añadidas a la pena de prisión. LARRAURI PIJOÁN, Elena, “Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión”, en Bacigalupo, Silvina/ Cancio Meliá, Manuel (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 295.

pueden conducir a la criminalidad³⁹⁶—, promoviendo lo que BERGALLI denomina “inflamación punitiva”³⁹⁷.

La preocupación se centraba entonces en la criminalidad callejera interpretada desde la teoría de las ventanas rotas (*broken windows*), según la cual los desórdenes urbanos promovidos por sujetos no criminales (relacionados con los ya mencionados asociales: jóvenes rebeldes, prostitutas, drogadictos, ebrios, etc.)³⁹⁸, muestran la tendencia de sus responsables al camino de la criminalidad más grave.

En efecto, en esta teoría KELLING y WILSON parten de la imagen de un edificio donde queda sin arreglar una ventana rota: el mensaje que se deduce de ese descuido es que a nadie le importa arreglarla, lo que llevaría a que quienes transitan por ese lugar tiendan a romper las ventanas restantes. Los autores utilizan ese ejemplo, que también se puede leer como una metáfora, para alertar sobre la necesidad, no sólo de controlar la criminalidad lo más pronto posible, sino de mantener el orden para evitar tanto los delitos de oportunidad como los más complejos y graves³⁹⁹.

³⁹⁶ En el mismo sentido, pone de manifiesto Díez Ripollés: “En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia”. Díez Ripollés, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *JD*, nº. 49, 2004, p. 29.

³⁹⁷ BERGALLI, Roberto, en *JD*, 1991, p. 24.

³⁹⁸ “Muchos ciudadanos, claro, tienen miedo al crimen, especialmente a crímenes que impliquen un repentino, violento ataque por un extraño. Este riesgo es muy real, in Newark como en muchas grandes ciudades. Pero nosotros tendemos a ignorar otra fuente de miedo, el miedo de ser incomodado por personas contrarias al orden. No gente violenta, ni, necesariamente, criminales, sino personas de mala reputación, revoltosas o imprevisibles: mendigos, borrachos, adictos, adolescentes ruidosos, prostitutas, vagos, perturbados mentales”. KELLING, George L./ WILSON, James Q., “Broken Windows: The police and neighborhood safety”, en *The Atlantic*, March, 1982, p. 2 (la traducción es nuestra).

³⁹⁹ “En segundo lugar, en el nivel comunitario, desorden y crimen están normalmente íntimamente conectados, en una especie de secuencia de desarrollo. Los psicólogos sociales y la policía tienden a coincidir en que, si una ventana de un edificio está rota y es dejada así, el resto de las ventanas estarán también pronto rotas. Esto es tan verdadero en barrios agradables como en los más descuidados. La rotura de ventanas no se debe en la mayoría de los casos porque algunas áreas estén habitadas por determinados rompedores de ventanas mientras otras están pobladas por amantes de ventanas; se trata más bien de que una ventana rota no arreglada es una señal de que nadie se preocupa de ello, de manera que romper más ventanas no cuesta nada. (Siempre fue divertido)”. KELLING, George L./ WILSON, James Q, in *The Atlantic*, 1982, pp. 3 y 4. Y continúan los autores: “El ciudadano que teme al borracho maloliente, al adolescente ruidoso o al mendigo inoportuno no está meramente expresando su disgusto por un comportamiento inadecuado; también está dando voz a un poco de sabiduría popular que parece ser una generalización correcta -que la criminalidad callejera florece en áreas en las que el comportamiento desordenado no es controlado. El mendigo descontrolado es, de hecho, la primera ventana rota. Asaltantes y ladrones, sean oportunistas o profesionales, creen que reducen sus posibilidades de ser capturados o incluso identificados si operan

Este control podría concretarse a través de la cooperación entre la policía y la comunidad, que deberían conjuntamente concentrarse en la identificación de los perturbadores del orden y en la represión de sus excesos, aunque criminalmente poco relevantes, para que los delincuentes se den cuenta de que los ciudadanos se molestan con el caos generado por ellos y de que no los quieren en esa localidad.

Al respecto, como explica HASSEMER, los citados planteamientos teóricos parecen preocuparse por el simbolismo relativo a la invasión del espacio urbano por sujetos que lo utilizan de forma imperativa, sin tener en consideración las reglas mínimas de convivencia social⁴⁰⁰. Asimismo, la relación que se afirma que existe entre el delito y el desorden público cree aclarar las causas de los delitos callejeros y sugiere que la represión de los actores responsables del caos de las ciudades postindustriales minimizaría muchas de las variables que llevan al crimen⁴⁰¹.

La devaluada imagen de la resocialización, añadida ahora a la nueva estructura social de finales del siglo XX, terminó por influenciar el surgimiento de una nueva mecánica del castigo completamente contraria al modelo anterior, basada en la intolerancia frente al delito y al riesgo, lo que abrió camino a la incapacitación y a la prevención general como finalidades principales de la punición, convertida ahora en un fin en sí misma, como pone de manifiesto LÓPEZ PEREGRÍN⁴⁰².

en calles donde las víctimas potenciales ya están intimidadas por las condiciones imperantes. Si el barrio no consigue evitar que un mendigo inconveniente moleste a los transeúntes, el ladrón puede razonar que es aún menos probable que se llame a la policía para identificar a un potencial asaltante o que se interfiera si el asalto realmente llega a ocurrir". KELLING, George L./ WILSON, James Q, en *The Atlantic*, 1982, p. 8 (la traducción es nuestra).

⁴⁰⁰ "La sutileza con que se produce el suceso se debe también a la circunstancia de que se trata, en todo caso, desde el punto de vista de un observador, más bien de efectos simbólicos. No se trata sólo del espacio público como imagen geográfica, sino del derecho a utilizar ese espacio y de la forma en que se puede realizar ese derecho. La lesión se percibe como algo normativo y simbólico, como una lesión del derecho e incluso una actitud ante el derecho, no como una lesión de bienes". HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, trads. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 277.

⁴⁰¹ "El mensaje que se desprende de esta imagen es que la infracción no surge de la nada y que más bien entre el desorden y el daño hay una interacción; cuando ocurren en los espacios públicos –como sucede la mayoría de las veces– se reflejan en estas imágenes relaciones que son demasiado sutiles para ser perceptibles a simple vista: quien se comporta de forma incorrecta o molesta a otros, se hace el amo de la plaza y se apodera de lo que es de todos, lo hace sin derecho a ello y sin pretender –siquiera tácitamente– tenerlo; incluso sin decir que los demás tengan algo que decir. Hace simplemente lo que quiere y lo lleva a cabo realizando así exactamente lo que he descrito antes como erosión de las normas vinculantes para todos". HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, p. 277.

⁴⁰² "[...] fracasadas las esperanzas resocializadoras, se han revalorizado tanto el fin retributivo de la pena (lo que se ha dado en llamar neoretribucionismo) como la función de custodia y control, de

III. INCAPACITACIÓN

Como ya hemos mencionado, la idea del alejamiento de determinados sujetos considerados peligrosos o indeseables tiene su origen en los planteamientos positivistas y, en especial, en las proposiciones teóricas de VON LISZT, de fines del siglo XIX⁴⁰³. Es este autor el que, al sugerir un tratamiento diferenciado para los delincuentes considerados incorregibles, introduce en el sistema punitivo la cultura del alejamiento de los sujetos peligrosos, la cual se desdobra en las más diversas medidas punitivas, muy bien aprovechadas por Estados totalitarios como herramienta de control de la disidencia y de los inútiles para el sistema de su tiempo.

El caso más extremo, ya analizado anteriormente, parece haber sido el que fue puesto en marcha por el Nacionalsocialismo, que termina utilizando las propuestas de VON LISZT para eliminar determinados grupos poblacionales considerados biológicamente inferiores a los ciudadanos alemanes arios⁴⁰⁴. Naturalmente, las ideas de este autor no fueron las únicas responsables de los absurdos promovidos por la legislación del III Reich. Pero sí es cierto que, en definitiva, los positivistas criminales representaron un importante papel en las tendencias que condujeron a la implementación de normas de carácter incapacitador, las cuales, como se sabe, condujeron finalmente a la muerte de millones de individuos.

neutralización, que cumple la prisión (inocuidación), sobre todo respecto a delincuentes peligrosos proclives a la reincidencia. Se tiende así cada vez más a considerar la ejecución de la pena de prisión como un fin en sí mismo, dejando el tiempo de internamiento vacío de contenido rehabilitador y convirtiendo la prisión en «almacenes» de delincuentes internados en ellos cuanto más tiempo mejor, con la finalidad de evitar que cometan delitos en el exterior”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *REIC*, nº. 1, 2003, pp. 11-12.

⁴⁰³ “En la variante más juridizante del positivismo, Franz von Liszt proponía la imposición de penas resocializadoras para los *iguales*, un tanto equivocados, y penas meramente intimidantes para los ocasionales (*muy iguales*); pero respecto de los incorregibles (los verdaderos *extraños*, que abarcaban las categorías de criminales graves y molestos), ante la imposibilidad de matarlos o deportarlos, optaba por imponerles penas eliminatorias [...]”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1130.

⁴⁰⁴ “No cabe ninguna duda de que la fundamentación conservadora y autoritaria respecto del tratamiento de los delincuentes habituales que, desde los tiempos de Von Liszt, se había extendido como un hilo conductor a través de los proyectos de la Republica de Weimar, le vino muy bien al Nacionalsocialismo para llevar a cabo su propia Política criminal”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La herencia de Franz Von Liszt”, en *RP*, nº. 27, 2011, p. 172.

Los peligros que la inocuización representa para la ciudadanía y la legitimidad que ofrece al sistema político para intervenir de forma contraria a los derechos humanos y democráticos han sido duramente demostrados en aquel momento histórico, así que parece impresionante que se vuelvan a discutir sus eventuales beneficios en el control de la criminalidad contemporánea. Sin querer adelantarnos a reflexiones que desarrollaremos en el capítulo siguiente, es importante que desde ya pongamos de manifiesto que el movimiento que intenta traer de vuelta la incapacitación está relacionado no sólo con las frustraciones provocadas por la incapacidad de la reinserción para efectivamente normalizar a los sujetos de comportamiento considerado fuera del patrón, sino también, y especialmente, con las transformaciones a las que se enfrentará la sociedad de los setenta a consecuencia de los avances del capitalismo y de la tecnología.

En todo caso, en lo tocante a los fines de la pena, y a ese fin en concreto, es significativo destacar que, en el espacio dejado por la rehabilitación, y ante las necesidades de control de la delincuencia –que parecen haber sido especialmente ascendentes en el período entre finales de los setenta y principios de los noventa–, la incapacitación pasa a protagonizar las más diversas políticas criminales de los países occidentales, los cuales han seguido a EE. UU., que ha dado el primer paso en ese sentido. Tal contexto permitió la consolidación de la exclusión por medio del sistema punitivo, concretada principalmente por las políticas de tolerancia cero, por la incapacitación selectiva y por el uso de medidas de seguridad posdelictuales con el fin de la custodia de seguridad, siempre dirigida a sujetos cuya presunta peligrosidad necesita ser controlada⁴⁰⁵.

Conviene observar que esa nueva política se fundamenta en la seguridad (y, en especial, en las demandas públicas de garantía de este derecho, que entonces empieza a superponerse a la propia libertad⁴⁰⁶) y se sostiene, en la gestión de los

⁴⁰⁵ “En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes «three strikes»; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (selective incapacitation)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El retorno de la inocuización”, en Nieto Martín, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, V. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 700.

⁴⁰⁶ “Lo que en todo caso parece obvio es que la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho a la peligrosidad. Expresado de otro modo: se vuelve a replantear, para sujetos imputables, el recurso a medios de aseguramiento cognitivo, junto a

problemas criminales, por el pragmatismo y la eficiencia en el enfrentamiento a la delincuencia, lo que es denominado por la doctrina como “actuarismo penal”⁴⁰⁷.

Desde esta realidad, no resultan admirables las opciones adoptadas a favor de la seguridad, desde la falta de límites a la intervención del Estado en la vida del sujeto, hasta la aceptación de que éste tiene, más que el derecho, la obligación de contener a los seres amenazantes. Esa lógica parece problemática, sobre todo porque legitima la (re)clasificación de los miembros de una comunidad entre ciudadanos y no-ciudadanos; idea muy semejante a las categorizaciones positivistas y nazis, como ya vimos. Aparte de eso, también parece rechazable que se afirme la imposibilidad de que determinados sujetos convivan entre los demás por cuestiones circunstanciales y que, por lo tanto, sea necesario protegerse de ellos.

Evidentemente el camino asumido por la política criminal se dirige a determinados sectores poblacionales que no parecen participar activamente de la sociedad capitalista. Muchos individuos que han sido objeto de gestión e incapacitación parecen formar parte de un contingente residual del mercado, siempre identificados –desde los arranques del liberalismo– como inútiles, peligrosos, enemigos; también anteriormente denominados asociales, vagos y maleantes, extraños a la comunidad, etc.

En definitiva, así como parece haber sido siempre, las “nuevas murallas simbólicas”, que separan a los normales de los anormales, se construyen por referencia a determinados comportamientos considerados ideales, de modo que quienes permanecen afuera precisan someterse a los nuevos procesos de disciplina⁴⁰⁸.

la pena como mecanismo de aseguramiento contrafáctico de la vigencia de la norma”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, 2001, p. 707.

⁴⁰⁷ “[...] el actuarismo penal surge en un momento en el que la sensación de inseguridad y el riesgo tienden a afirmarse como rasgos fundamentales de comprensión de la vida colectiva. Junto a ello, la excedencia de determinados segmentos de la población tiende a asumirse como una realidad insuperable, de carácter estructural, que solo puede ser objeto de gestión”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, en *InDret*, nº. 2, 2014, p. 8.

⁴⁰⁸ “En una ciudad sin murallas físicas, se hacía necesario levantar nuevas murallas simbólicas. Desde entonces, el loco y el criminal, el vago o la prostituta, serán figuras paradigmáticas de lo que se irá definiendo socialmente como lo anormal o lo peligroso. Pero lo anormal se define en relación dialéctica con su necesaria contrapartida, es decir, lo normal. [...] Desde entonces, pues, la cuestión de la ciudad como laboratorio de técnicas, tácticas y estrategias de gobierno de las poblaciones irá caracterizando una cierta forma de «hacer sociedad» bien definida, centralizada y bajo unos saberes

Específicamente en lo que se refiere a la incapacitación a través de la pena, su carácter custodial ha venido convirtiéndose, cada día más, en su principal finalidad, sobre todo porque, alejado de la sociedad, el sujeto, en principio, no parece tener muchas posibilidades de violar las normas, o mejor dicho, de violar las normas que ofenden al colectivo en libertad, pues, como ya comentamos, en un centro penitenciario son muchos los delitos que pueden ser (y son) cometidos⁴⁰⁹. Así que, convencidos de la seguridad promovida por la neutralización del ser amenazante encarcelado, el apoyo por parte de la sociedad a intervenciones punitivas incapacitadoras, por más agresivas que sean, termina siendo una consecuencia natural.

dispuestos a servir a dicho proceso de disciplinamiento social moderno". RUIZ CHASCO, Santiago, "Videovigilancia en el centro de Madrid. ¿Hacia el panóptico electrónico?", en *Teknokultura*, V. 11, nº. 2, 2014, p. 307.

⁴⁰⁹ Así, dice DEL ROSAL BLASCO: "La propia pena privativa de libertad ha variado su concepción hacia la inocuización selectiva, de modo que si no es capaz de rehabilitar o modificar las conductas, su duración dependerá, en función de lo que nos diga la valoración del riesgo de reincidencia, del tiempo que se quiera dilatar su puesta en libertad para retrasar la oportunidad de que el sujeto, una vez fuera, vuelva a delinquir. De esta forma, es indudable que se consiguen variaciones sustanciales en los índices de criminalidad". DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, 2009, p. 483. En el sentido del texto también se manifiesta CUELLO CALÓN: "Su función más importante, que realiza con innegable eficacia, es la custodia de los criminales, a los que incapacita para que cometan nuevos delitos durante el tiempo de su reclusión. Es cierto que los reclusos también cometen en la cárcel hechos delictivos, hurtos, lesiones, a veces homicidios, perpetrados contra sus compañeros de prisión o contra sus guardianes, asimismo, a veces, sobre todo en casos de motín, causan destrozos y daños en los muebles y locales penitenciarios, pero, por imposibilidad material, no pueden cometer delitos que afecten directamente a la colectividad. Esta función de seguridad social se realiza de modo satisfactoria, pues las evasiones son escasas". CUELLO CALÓN, Eugenio, en *ADPCP*, 1952, p. 428. En palabras de FLETCHER: "También la prevención especial es especulativa. No está claro hasta qué punto el particular delincuente es afectado o intimidado por su estancia durante un cierto tiempo en una cárcel. Las altas cuotas de reincidencia sugieren, en contraste con el ideal rehabilitador, que las prisiones sirven más para fortalecer las inclinaciones antisociales de los delincuentes que para conducirlos a una vida respetuosa con las leyes. Lo único que sí es efectivo es el aislamiento: durante el tiempo de internamiento el condenado no representa una amenaza para la gente que está fuera de la prisión. Por supuesto, puede cometer delitos contra otros internos que coincidan con él en la prisión, pero estos costos no son generalmente calculados dentro de los beneficios derivados de la prisión". FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 61. También se manifiesta al respecto PAVARINI: "La cárcel puede «funcionar» contra la criminalidad. En ciertas condiciones, la pena de cárcel puede ser útil en el producto de menor criminalidad y menor reincidencia. Ciertamente, no porque a través de la ejecución de la pena de prisión se puedan resocializar los criminales, o porque la pena de cárcel intente intimidar a los potenciales desviados. La cárcel puede ser útil en el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia si es —y en cuanto sea— puesta en condiciones de operar con finalidad de «neutralización selectiva». El objetivo de la «neutralización selectiva» se origina dentro de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad: ella interpreta la justicia penal como un sistema que persigue objetivos de eficiencia, tales como, por ejemplo, diferenciar la respuesta por niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre los grupos sociales". PAVARINI, Massimo, "«Economía de exceso» y castigos excesivos", en *CDS*, nº. 30, 2003, p. 232.

Ciertamente, dicho fin, llevado al extremo, ha traído al sistema punitivo la posibilidad de que se impongan intervenciones penales predelictuales a sujetos considerados presuntos criminales por sus características, por su historial delictivo o, simplemente, por su sexualidad, su raza o su contexto socioeconómico. Se partía entonces de que dichas características podían llevar a algunos individuos a una mayor propensión al crimen, por lo que adelantarse a la realización del delito podría ser una forma de prevenir la violencia⁴¹⁰.

Una vez que esa política es adoptada y que determinados colectivos pasan a ser ostensiblemente reprimidos e inocuizados, ni siquiera hace falta considerar las posibilidades de introducción de políticas resocializadoras en las actividades penitenciarias, pues una vez que la vida útil del condenado seguramente termina restringida al entorno cerrado, prepararle para una realidad pospenitenciaria para el poco tiempo que le quede no parece necesario. Lo que justifica tamaña intervención es la misma peligrosidad terminal que se atribuía a los enemigos de otros tiempos, vinculada a la coyuntura económica, social, familiar, biológica, etc.

Asimismo, como observa DEL ROSAL BLASCO, en el pensamiento actuarial el castigo es medido de acuerdo con los riesgos de reincidencia representados por el sujeto, pues el poder punitivo considera, más que la naturaleza del delito o la personalidad del delincuente concreto, los grupos de población de los que éste forma parte. Desde tal perspectiva, se puede deducir que el mismo delito cometido por individuos de grupos poblacionales distintos puede dar lugar a condenas con variaciones sustanciales⁴¹¹. Esa lógica se relaciona con la selectividad del sistema

⁴¹⁰ “De aquí la obvia tentación: si se pudiese individualizar con precisión esta minoría de criminales al inicio de su *criminal career*, antes de que se transformen en *career criminals* [...], bastaría colocar a estos «pocos» en imposibilidad de delinquir para obtener «grandes» resultados en la reducción de la criminalidad. La cuestión es, por lo tanto, ésta —bien conocida de la ciencia penal y criminológica— del juicio de peligrosidad social o criminal; es decir, en última instancia, de los criterios de predecibilidad de la acción desviada [...]. Una vez que éstos sean individualizados y que respecto de los mismos se confíe en la capacidad técnica de seleccionar los futuros *high-rate offenders*, la respuesta sancionatoria no será por razón de valoración de culpabilidad, sino de peligrosidad: los futuros «criminales de carrera» deberían verse impedidos de convertirse en tales, a través de la irrogación de *no-fixed* o *life sentences*, es decir en nuestra cultura y tradición jurídica, a través de la medida de seguridad institucionalizada para imputables”. PAVARINI, Massimo, en *CDS*, 2003, p. 235.

⁴¹¹ “El pensamiento actuarial despliega aquí toda su eficacia porque, entonces, la duración de las penas y de las condenas de prisión no deberá depender de la naturaleza del delito o de la personalidad del delincuente, sino del riesgo de reincidencia en el delito; cuanto mayor es el riesgo, más duración ha de tener la pena y la condena, de modo que de lo que se trata, fundamentalmente, a la hora de crear o imponer penas es de identificar grupos de riesgo y definir, en cada caso particular,

en la búsqueda de la eficiencia, lo que atribuye a la justicia penal un pragmatismo que no parece corresponder con las características de una sociedad democrática.

Partiendo de esa nueva mecánica de gestión de los conflictos sociales, tiene razón DEL ROSAL BLASCO cuando deduce que el poder punitivo, al igual que ocurría en los tiempos del positivismo, no atiende a la capacidad de autodeterminación del individuo; sin embargo, desde la nueva coyuntura éste no se convierte en un sujeto predeterminado por la naturaleza a delinquir, sino en un sujeto actuarial, es decir, un número dentro de los planes estadísticos⁴¹².

El punto más alto de los nuevos paradigmas de imposición del orden quizá ya se ha concretado en EE. UU. por medio de las medidas *Three strikes and you're out*, con cuya denominación el poder punitivo se aproxima a su público utilizando la referencia cultural de las reglas del *baseball* para didácticamente informar de que sólo son necesarios tres delitos (aunque no todos sean de gran relevancia) para expulsar a sus responsables del entorno social⁴¹³. Medida ésta que, evidentemente, quiere dirigirse a la delincuencia habitual promovida por las clases más bajas, que ahora incrementan las tasas de encarcelamiento como en ningún otro país democrático y en ningún otro tiempo.

En efecto, esta política, muy popular en los países anglosajones, ha venido teniendo un gran impacto en las tasas de encarcelamiento, a las que ha llevado a niveles increíblemente altos⁴¹⁴. Teniendo en cuenta, además, que se ha dirigido, en

si el sujeto, en cuestión, pertenece o no a ese grupo de riesgo". DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, 2009, pp. 484 y 485.

⁴¹² "El pensamiento actuarial es, por lo tanto, y fundamentalmente, una forma de ejercer el poder, en la que los individuos dejan de ser contemplados como sujetos morales o racionales para pasar a ser *sujetos actuariales*, es decir, meras posiciones en tablas actuariales de variaciones, lo cual evidencia el crecimiento de la estabilidad y confianza en el poder, consecuencia de los profundos cambios en la vida económica, que hace que la movilización de las fuerzas laborales sea menos intensa de lo que fue en las crecientes sociedades industriales; en nuestras circunstancias presentes es más barato conocer y planificar sobre las debilidades de la gente que intentar normalizarla". DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, 2009, p. 485.

⁴¹³ "[...] el sujeto que vuelve a cometer un tercer delito, aunque sea de escasa relevancia (por ejemplo, un hurto), después de haber cometido anteriormente dos graves (no necesariamente violentos, por ejemplo un robo en casa habitada), debe ser castigado con una pena de prisión perpetua o de veinticinco años como mínimo, sin posibilidades de reducción". HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 184.

⁴¹⁴ "Las famosas leyes de «Three Strikes», penas mínimas draconianas privativas de libertad para violaciones de las leyes contra la droga y otros delitos y las opresivas «pautas sentenciadoras» (*sentencing guidelines*), que efectivamente limitan la posibilidad de utilizar la discreción humana en la

su mayor parte, a la represión de delitos que, aunque de baja ofensividad, molestan a la sociedad y hacen más caótica la vida en los grandes centros urbanos⁴¹⁵.

Al respecto, tras analizar los datos sobre el encarcelamiento en Estados Unidos en el periodo entre 1925 y 2000, pone de manifiesto ZIMRING que los índices no sufrieron grandes variaciones durante los primeros cincuenta años, mientras que a partir de 1973 se evidencia su crecimiento de modo significativo. Tal crecimiento, como señala este autor, estaba relacionado, de hecho, en los primeros doce años desde la mencionada fecha con el incremento del número de personas encarceladas. Sin embargo, a partir de los años noventa, los índices muestran que lo que aumenta es el tiempo de permanencia del sujeto en la prisión, lo que explica la increíble acumulación de presos en los establecimientos penitenciarios, probablemente como consecuencia de las nuevas orientaciones políticas de contención de los sujetos percibidos como peligrosos⁴¹⁶.

determinación de la sentencia, han conducido a la población carcelaria más grande del mundo, a pesar de la caída notable en el índice de criminalidad durante los últimos años. [...] Con el 5% de la población mundial, los Estados Unidos tienen más del 25% de los prisioneros del mundo: de 100.000 habitantes de los Estados Unidos, 751 están encarcelados (sólo 110/100.000 en el año 1975), seguida en el mundo por Rusia con 627/100.000. [...] En los Estados Unidos están hoy encarceladas 2,3 millones de personas". THAMAN, Stephen C., "La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001", *DPyC*, V. 30, nº. 89, 2009, p. 179.

⁴¹⁵ "Por otra parte, las grandes aglomeraciones urbanas, las nuevas formas de vida, han generado la necesidad no sólo de seguridad, sino también de limpieza y comodidad en los espacios públicos. De ahí que el mensaje de esta teoría de la «tolerancia zero» no se refiera sólo a la erradicación de los delitos de una cierta gravedad (como asaltos en los parques, atracos a bancos, etc.), como a la de los comportamientos simplemente molestos o de escasa relevancia penal, que inciden más directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos, y que, según los expertos en esta teoría, no son más que los primeros síntomas de una forma de vida que desembocará a la larga en manifestaciones criminales mucho más grave". MUÑOZ CONDE, Francisco, "El nuevo Derecho penal autoritario", en Muñoz Conde, Francisco/ Losano, Mario G. (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 178. Al respecto, también se manifiesta WACQUANT: "Pues, y contrariamente al discurso político y mediático dominante, las cárceles norteamericanas no están llenas de criminales peligrosos y endurecidos, sino de vulgares condenados de derecho común por casos de estupefacientes, robos, hurtos o simples perturbaciones del orden público, salidos en esencia de los sectores precarios de la clase obrera y en especial de las familias del subproletariado de color de las ciudades frontalmente afectadas por la transformación conjunta del trabajo asalariado y la protección social". WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, 2000, p. 82.

⁴¹⁶ Al respecto, dice el autor: "En los primeros doce años desde 1973, el aumento de la población reclusa se debió mucho más al mayor número de condenados a pena de prisión que a un incremento sustantivo de la duración de las condenas privativas de libertad". ZIMRING, Franklin E., "Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente", trad. Susana Soto Navarro, en Díez Ripollés, José Luis/ Soto Navarro, Susana/ Prieto del Pino, Ana María (Coords.), *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 54. Y continúa el autor: "Surge así en los años 90 un nuevo tipo de leyes estatales cuyo objetivo principal es aumentar el tiempo en prisión, para lo cual se incrementa el porcentaje de condena que los reclusos

Sin embargo, la incapacitación no se limita a los delincuentes relacionados con delitos de poca relevancia, que son más numerosos, sino que también se dirige contra aquéllos que impresionan a la opinión pública y que despiertan los miedos de victimización. En efecto, la idea de que se cumplan las reglas del régimen progresivo a favor de delincuentes sexuales, terroristas y grandes asesinos lleva a la comunidad a plantearse la relevancia de los derechos de estos individuos, en detrimento de los suyos, y a manifestarse en contra de las, así entendidas, “bondades” de la justicia. El posicionamiento del electorado en ese sentido ha llevado a que el legislativo ponga en marcha medidas que aseguren la permanencia de esos condenados bajo control por más tiempo que lo que se suele someter al ciudadano “común”, lo que ha conducido a la imposición de medidas de seguridad pospenitenciarias y al aumento de los límites máximos de privación de libertad para determinados sectores de la criminalidad.

En ese sentido, la legislación española se ha visto profundamente afectada, lo que ha llevado a la doctrina a sostener diversas críticas a la lógica legislativa de los últimos años. Precisamente respecto de las medidas de seguridad, la modalidad de medida pospenitenciaria ha sido convertida en derecho positivo por el legislador, dedicada específicamente al control tras la excarcelación de adultos imputables condenados por determinados delitos, aunque el hecho cometido no necesariamente haya sido más grave que muchos otros, clasificados de otra forma. Nos dedicaremos a analizar este tema detalladamente en el capítulo cuarto.

Es verdad que la excarcelación de individuos verdaderamente peligrosos, con un largo historial de violencia o de condenas, representa un riesgo para la

por delitos violentos o todos los reclusos han de cumplir para obtener la excarcelación. [...] La actitud de la opinión pública hacia los delincuentes suele ser hostil, de modo que una legislación que promete frenar la delincuencia ha de ser popular”. ZIMRING, Franklin E, en *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, 2005, p. 56. En el mismo sentido, se manifiesta WACQUANT: “Durante la década de 1960, la demografía penitenciaria del país se había inclinado a la baja, de modo que en 1975 la cantidad de detenidos había caído a trescientos ochenta mil, después de una disminución lenta pero regular de alrededor de uno por ciento anual. [...] Pero la curva de la población carcelaria iba a invertirse bruscamente y luego se dispararía: diez años más tarde, el número de presidiarios había llegado a setecientos cuarenta mil, para superar el millón y medio en 1995 y rozar los dos millones a fines de 1998, con un crecimiento anual promedio de casi 8 por ciento durante la década de los noventa. Si fuera una ciudad, el sistema carcelario estadounidense sería hoy la cuarta mayor metrópoli del país. Esta triplicación de la población penitenciaria en quince años es un fenómeno sin precedentes ni comparación en ninguna sociedad democrática, visto que se produjo durante un período en que la criminalidad se mantuvo globalmente constante y luego declinó”. WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, 2000, p. 80.

comunidad que lo recibirá de vuelta. Sin embargo, debido a que nos encontramos en un Estado democrático, comprometido con la protección de los derechos de todos sus miembros, no parece razonable que la mayoría socialmente normalizada pueda decidir la exclusión definitiva de aquéllos que no se someten a sus reglas, incluso después de cumplidas sus obligaciones con la justicia.

A pesar de los riesgos que representan estos sujetos, es preciso que al menos se les ofrezcan las oportunidades de recuperación mientras permanezcan en manos del poder punitivo, y éste no puede dirigirse exclusivamente a contenerlos en un espacio cerrado por el tiempo de vida que les reste. Al menos, ésta no parece ser una intervención razonable y compatible con un Estado constitucional. Si aun así asumimos que ante la seguridad del colectivo es legítimo relativizar los derechos de esos individuos, estaremos de alguna forma admitiendo que las reglas que definen nuestro sistema político ya no se orientan por los parámetros que definen una democracia.

En efecto, la forma en que normalmente el poder público trata de sostener las variables sociales críticas y los caminos hacia el control de la criminalidad suele ser superficial, y no sólo lleva a la ciudadanía a suponer que los conflictos sociales son simples de gestionar, sino que también omite las complejidades estructurales del propio colectivo⁴¹⁷. Así que, el “arreglo rápido”⁴¹⁸ que normalmente se promete alcanzar por medio del castigo, ignorándose el impacto que el mismo causa a los grupos marginalizados, a la propia sociedad y a la gestión penitenciaria, transmite el mensaje de: 1) que los problemas de seguridad se resuelven fácilmente por medio de las penas y sólo por ellas; 2) que mientras más duradero es el castigo, más protegida está la sociedad; 3) que el riesgo viene exclusivamente de parte de determinados sectores sociales; 4) que hay que cuidarse para que sujetos provenientes de dichos sectores no dañen al ciudadano de bien; y 5) que si alguien

⁴¹⁷ “La falacia cosmética concibe al delito como un problema superficial de la sociedad, a flor de piel, que puede ser tratado usando la pomada apropiada, antes que como una enfermedad de la sociedad en su totalidad. Esto engendra una criminología cosmética que ve al delito como una mácula, la cual, mediante un tratamiento adecuado, puede ser removida del cuerpo que, por otro lado, es en sí mismo saludable y no requiere reconstrucción”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 205.

⁴¹⁸ YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 192.

se puede caracterizar como “de bien”, es porque, evidentemente, existen sus antagonistas, que deben ser vistos como adversarios.

Naturalmente, estas ideas omiten fines quizás menos legítimos, por lo menos si estamos de acuerdo en que el papel del Estado es ser el garante del equilibrio y de la paz social y no sólo para las clases dominantes. Asimismo, estamos de acuerdo con WACQUANT cuando pone de manifiesto que la instauración de nuevas políticas punitivas, más que impulsada por variaciones ascendentes en las tasas de criminalidad o por el miedo que las mismas provocan, parece estar sencillamente fundada en las amenazas sociales representadas por los sectores sociales que se tratan de neutralizar⁴¹⁹. Si esos planteamientos son verdaderos, de lo cual estamos convencidos, entonces se puede deducir que lo que hace el Estado, por medio de los fines incapacitadores del castigo, tan populares en la actualidad, es, en conjunto con el poder político, dirigir la fuerza productiva que le interesa al sistema hacia la normalización y alejar a la sección inútil, para que no contamine a aquélla y no quiebre el funcionamiento normal del sistema⁴²⁰. De todas formas, para no interrumpir nuestro análisis respecto a los fines del castigo, dada la complejidad de este tema y su relación con nuestra hipótesis, volveremos a esta idea más detalladamente en el capítulo tercero.

IV. VON HIRSCH Y EL NEORRETRIBUCIONISMO

Lo que hasta ahora hemos comentado respecto a los problemas de la resocialización, principalmente en relación a los excesos punitivos consecuencia de las expectativas recuperadoras, llevó a algún sector doctrinal a posicionarse a favor

⁴¹⁹ “El giro en la política punitiva penal no responde a la *inseguridad criminal* sino a la *inseguridad social causada por la causalización del trabajo asalariado y la disrupción de la jerarquía etnoracial* -y no las «ansiedades difusas» generadas por la llegada de la «sociedad de riesgo» o la era de la «modernidad tardía». WACQUANT, Loïc, en *Astrolabio*, 2012, pp. 187 y 188 (la cursiva pertenece al original).

⁴²⁰ “Pero desde una perspectiva macropolítica más amplia, la tendencia dominante es similar: una reforma punitiva de las políticas públicas que enlaza la «mano invisible» del mercado al «puño de hierro» del Estado penal. Como resultado de ello, la prisión resurgente ha llegado a cumplir tres misiones que poco tienen que ver con la lucha contra el crimen: torcer las fracciones de la clase trabajadora postindustrial a un trabajo asalariado precario, almacenar sus elementos más disruptivos o superfluos, y patrullar las fronteras de la ciudadanía meritória mientras se reafirma la autoridad del Estado en el dominio restringido que ahora se asigna a sí mismo”. WACQUANT, Loïc, en *Astrolabio*, 2012, p. 190.

de la vuelta a las penas retributivas, aunque con nuevas propuestas y buscando corregir las deficiencias de las formulaciones originales.

En la medida en que la práctica correccional suponía una amplia discrecionalidad para el juez respecto a la determinación de la pena adecuada al caso concreto, la flexibilidad de la duración de la condena generaba cierta inseguridad jurídica que fue ampliamente criticada, como analizamos anteriormente⁴²¹. A ello se debe añadir que dicha discrecionalidad no sólo afectaba a la duración de la pena rehabilitadora, sino también al régimen de ejecución de ésta, a la libertad condicional y a las medidas de seguridad, de manera que, una vez en el establecimiento penitenciario, el futuro del individuo era determinado completamente por las subjetividades de los encargados de la pena y las conclusiones a las que éstos llegaran respecto a la disminución o no de la peligrosidad de quienes allí se encontraban⁴²².

A este grave problema se le añadía el hecho de que los individuos a quienes les tocaban los castigos más severos terminaban siendo seleccionados por criterios arbitrarios concentrados en determinados grupos sociales considerados especialmente amenazantes. Desde la prevención especial, se planteaba que las características del sujeto permitían predecir la reincidencia con base en datos empíricos muchas veces determinados bajo la generalización de perfiles criminales limitados y poco objetivos⁴²³.

La cultura de la rehabilitación condujo además a la imposición de puniciones distintas, algunas extremadamente graves, a sujetos que habían cometido acciones similares, realizadas también en similares condiciones. Y, como es

⁴²¹ “La individualización de la pena, pensada para ajustarse a la personalidad y a las necesidades del infractor, estuvo asociada con la teoría de la resocialización. La fe en ella se desvaneció por una serie de razones. El tratamiento ha dejado de ser plausible como fin fundamental de la pena, y la amplia discrecionalidad, necesaria para conseguir este objetivo, se ha transformado frecuentemente en mera incoherencia y arbitrariedad”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid, Trotta, 1998, p. 117.

⁴²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *JD*, 2004, pp. 26 y 27. La discrecionalidad judicial viene a ser de hecho un problema cuando la rehabilitación cae en descrédito. Lo que explica en parte el éxito de los “cumplimientos íntegros”, dado que la flexibilidad de la pena pasó a ser considerada benevolencia. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, en *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, 2005, p. 257.

⁴²³ “En primer lugar la peligrosidad ha sido siempre una noción, y no un concepto. La noción de peligrosidad reviste un carácter general sin límites precisos, fundada sobre conceptos psicológicos, psiquiátricos, etc., cuya relación con la realidad económica y social es muy escasa”. LÓPEZ-REY, Manuel, en *CPC*, 1983, p. 20.

de imaginar, la falta de parámetros punitivos claros favoreció la imposición de respuestas penales cuya intensidad se establecía más con base en el perfil del autor, que en la gravedad del hecho.

Como señalamos anteriormente, la cultura preventiva también ha consentido la imposición de intervenciones físicas graves, con consecuencias permanentes, por medio de la pena, tales como tratamientos químicos no voluntarios, operaciones quirúrgicas cerebrales, castraciones etc., sin que hubiera las más mínimas garantías de éxito de la intervención⁴²⁴ y, además, ha legitimado medidas de contención, justificadas muchas veces a través de meras predicciones de reincidencia, que quizás no se convertirían en realidad⁴²⁵.

Es precisamente enfrentando ese difícil escenario, y ante el hecho de que ninguno de los modelos existentes parecía satisfacer significativamente las demandas de control de la criminalidad, que los castigos proporcionales a la gravedad del hecho empiezan a ser considerados como posibles caminos para el sistema punitivo.

Así como los partidarios originales de las teorías absolutas, los nuevos retribucionistas defienden restricciones al poder de punir del Estado por medio de castigos equivalentes a la gravedad del hecho, pues la falta de límites de las penas, establecidas en función de la presunción de peligrosidad y el pronóstico de

⁴²⁴ MARTINSON, refiriéndose a uno de los estudios analizados en su artículo "What works?", comenta que, incluso en los casos de castración física (no química), los índices de reincidencia no llegaron a cero. Al respecto, manifiesta este autor: "Un tipo de cirugía parece ser especialmente exitosa en la reducción de la reincidencia. Un estudio danés de veinticuatro años acerca de los delincuentes sexuales, realizado por Stuerup (1960), descubrió que mientras aquéllos que fueron tratados con hormonas y terapias continuaron cometiendo delitos sexuales (un 29.6 por ciento de ellos lo hicieron) y delincuentes no-sexuales (un 21.01 por ciento), aquéllos que fueron castrados tuvieron tasas de sólo un 3.5 por ciento (no, curiosamente, una tasa cero; donde hay voluntad, aparentemente, hay una forma) y 9.2 por ciento. Uno espera que las implicaciones políticas de ese estudio sean claramente limitadas". MARTINSON, Robert, en *PI*, 1974, pp. 35 y 36 (la traducción es nuestra).

⁴²⁵ "Encarcelar a alguien que se considera que pueden volver al crimen parece bastante sensato: a pesar de las desventajas que el encarcelamiento pueda tener, puede impedir que individuos inclinados al delito ataquen a personas del lado de fuera -por lo menos durante sus confinamientos. Si el encarcelamiento sirve a este propósito, ¿no sería el camino más lógico a seguir seleccionar qué infractores deben ser confinados, y por cuánto tiempo, en función de la evaluación de sus propensiones criminales?". VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice: the choice of punishment*, reprint, Massachusetts, Northeastern University Press, 1986, p. 20. Y continúa el autor: "Pero la capacidad de predecir la peligrosidad no ha correspondido a las expectativas. Una razón para el error fue que los que predicen -sean jueces, psiquiatras u oficiales correccionales- raramente se dieron el esfuerzo de dar un seguimiento a sus previsiones y verificar su exactitud y, de esa forma, aprender de sus equivocaciones". VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice: the choice of punishment*, 1986, p. 21 (la traducción es nuestra).

reincidencia, deja en manos de la justicia un amplio poder discrecional que debilita los derechos de los condenados y los despersonifica, convirtiéndolos en criaturas a controlar⁴²⁶, como mucho tiempo antes había temido ya HEGEL. En contra de esta realidad, se entiende que la pena, para ser considerada justa, precisaría ser limitada y proporcional a la responsabilidad del individuo, pues sólo de esa forma se podría llegar a castigos adecuados al merecimiento⁴²⁷.

La inculpación, en esta nueva perspectiva, sería una forma de reafirmar los valores morales lesionados por el delito, quizá porque, como la pena, también la censura por la acción ilegal realizada sería igualmente merecida⁴²⁸. Ambas son debidas porque el sujeto cometió la acción prohibida. En todo caso, el reproche se comunica con el condenado tanto como con los demás miembros de la comunidad, orientándolos a evitar el comportamiento indeseable y, consecuentemente, la condena⁴²⁹.

En esta línea de pensamiento, sostiene VON HIRSCH que los fines de la pena aisladamente considerados conllevan problemas y no consiguen afrontar directamente las necesidades de punición, por lo que el castigo precisa fundamentarse tanto en “valoraciones morales retrospectivas, como en

⁴²⁶ “El principio de proporcionalidad se ofreció como un medio para *restringir* el poder de castigar del Estado y especialmente para limitar las sanciones severas. Los castigos basados en predicciones eran inadmisibles no sólo porque no reflejaban la gravedad de la conducta, sino porque permitían una intromisión en la vida de aquellas personas supuestamente peligrosas”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 140.

⁴²⁷ “El principio de proporcionalidad se defiende con argumentos de justicia. Las condenas de prisión deben limitarse para aquellos condenados por delitos graves. Se deben establecer puntos de anclaje que permitan reducciones globales de la escala de penas. Las penas proporcionales no se ofrecen como un medio para reducir delitos; de hecho, los partidarios del merecimiento son escépticos en cuanto a que pueda reducirse el índice de delitos variando la severidad de las penas”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 141.

⁴²⁸ “Culpar a personas que realizan hechos ilícitos es, sin duda, una forma de reafirmar los valores morales que fueron violados. Pero hablar de reafirmación de valores plantea la consiguiente cuestión: ¿por qué debería ser señalado el infractor para conseguir ese fin? La respuesta debe al final ser que la censura en sí era merecida: que alguien que es responsable de una mala conducta es censurable y, por lo tanto, puede ser responsabilizado justamente”. VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice: the choice of punishment*, 1986, p. 49 (la cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra). Al respecto sostiene FEIJOO SÁNCHEZ: “La pena sirve en esta lógica para anular las ventajas ilegítimas de estos «polizones sociales» (*free-riders*) que se benefician del Derecho sin contraprestación, imponiendo desventajas compensatorias”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, p. 56.

⁴²⁹ “El reproche que contiene la sanción se dirige sobre todo al intelecto del ciudadano con el fin de apelar a lo injusto del comportamiento y darle de este modo una razón para omitir este tipo de conductas”. VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 134.

consideraciones atinentes a las consecuencias”⁴³⁰. Naturalmente, el ajuste proporcional de la pena tiende a alejar a cualquier otro contenido que a ella se le pueda atribuir; así que, en principio, el castigo no podría medirse solamente por las necesidades de prevención de nuevos delitos o de autoprotección del sistema jurídico. Eso no quiere decir que los partidarios del neorretribucionismo ignoren dichos efectos; sin embargo, lo que ellos parecen no aceptar es que las consecuencias del delito, por más duras que sean, sólo expresen tales intenciones. VON HIRSCH, por un lado, reconoce la presencia de la amenaza en el discurso del castigo y entiende que la misma forma parte de su naturaleza⁴³¹, pero también, por otro, pone de manifiesto que en la medida en que la respuesta penal comunica la reprobación del hecho, a ella se le atribuyen elementos morales que se combinan con las “razones prudenciales” contenidas en su cara preventiva⁴³². Así que el castigo sería un proceso de convencimiento que tanto muestra las características positivas de quienes se comportan de acuerdo con la orientación legal, cuanto censura a los que la violan⁴³³.

Eso se debe a que, de acuerdo con VON HIRSCH, si se considera al sujeto como un agente moral, es decir, como alguien que pueda comprender la amenaza comunicada por el ordenamiento, no parece negativa la idea de que por medio de la amenaza del castigo se apele a la prudencia de quienes pueden intimidarse⁴³⁴. A

⁴³⁰ VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 126.

⁴³¹ “El derecho penal parece tener rasgos preventivos en su propio diseño. Cuando el Estado criminaliza la conducta emite una amenaza legal: esta conducta está proscrita y su realización comportará la imposición de castigos específicos. La amenaza está dirigida explícitamente a evitar la conducta proscrita. Las sanciones penales son demasiado severas para ser utilizadas solo para otorgar credibilidad a la censura. [...] Si uno prescinde de fines preventivos, es difícil concebir que estas privaciones tienen como único fin mostrar que la desaprobación del Estado va en serio”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 39.

⁴³² “A través de la censura, implícita en estas sanciones, el derecho expresa desaprobaciones por esta conducta. De esta forma se suministra a los ciudadanos razones morales y no sólo prudenciales para desistir de ciertos comportamientos”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 39.

⁴³³ “El derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones, expresa que la conducta está mal y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 39.

⁴³⁴ “Admitimos que las personas son agentes morales, capaces de tomar en serio el mensaje expresado en la sanción de que la conducta es reprobable. No obstante, son falibles y por ello topan con la tentación. La función del desincentivo es suministrar una razón prudencial para resistir la tentación. Esta explicación no tendría ningún sentido si las personas fueran mucho mejores o mucho peores: un ángel no necesitaría ninguna razón prudencial y a un bruto no llegaría el mensaje normativo”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 40.

diferencia de lo que postula la teoría preventiva general positiva, el autor en cuestión destaca que posiblemente el individuo es más susceptible de orientar su comportamiento con relación a las obligaciones morales que ante las amenazas de la norma, principalmente si se trata de una persona “conformada moralmente”⁴³⁵. Lo que todavía parece problemático es la intensidad de la pena que el Estado parece estar dispuesto a imponer para lograr los referidos fines. En ese sentido, el autor sostiene que las sanciones intimidatorias no parecen ser suficientemente eficaces para justificar su severidad, de modo que la falta de moderación que se suele percibir en las penas preventivas muestra que el Estado no parte de la idea de que una ciudadanía responsable sea destinataria de las referidas amenazas⁴³⁶.

La propuesta de VON HIRSCH es construida tomando como referencia la capacidad del individuo para autodeterminarse; por lo tanto, el contenido de la pena precisaría alejarse de la mera coerción y justificarse por el merecimiento, es decir, debería ser proporcional a la gravedad del hecho que le dio causa.

En efecto, desde el momento en que se aleja del sentido de la pena sus fines utilitarios, y la graduación de su contenido aflictivo queda libre para medirse por el merecimiento, ya no parece necesario ni que el castigo sea impuesto exclusivamente por la privación de libertad, ni que la intervención punitiva sea extrema. Ello se debe a que, de acuerdo con los planteamientos de ese autor, si por un lado las tasas de criminalidad no se ven influenciadas por la intensidad de la sanción y, por otro, se asume que por ser la prisión el más grave castigo, debería estar reservada para los más graves delitos exclusivamente, sería posible sostener un nuevo catálogo punitivo, menos severo, respetando las mencionadas condiciones⁴³⁷.

En efecto, VON HIRSCH entiende que la pena podría ser moderada, sobre todo porque si desaparece el fin coercitivo y si la prevención tiene en cuenta la

⁴³⁵ VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 139.

⁴³⁶ “Una sociedad democrática es, en mi opinión, aquella en la cual las instituciones básicas se diseñan tomando como modelo esta ciudadanía responsable. [...] El castigo trata con situaciones en las cuales los ciudadanos se han comportado mal, pero, incluso allí, la respuesta debería ser acorde con adultos racionales y autónomos”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 81.

⁴³⁷ “Si algo se sabe acerca de los efectos preventivos globales es que las tasas de delincuencia no son particularmente sensibles a las variaciones de los niveles de castigo. [...] Si, en efecto, el conjunto de criminalidad está tan poco influida por el incremento o la reducción del nivel de penas, entonces podría conseguirse una reducción ostensible de este nivel sin que fuera acompañada de un incremento de las tasas del delito”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 77.

capacidad del sujeto moral para comprender la orientación legal, los delitos realizados terminarían entendidos como la no resistencia a la tentación, por parte del delincuente, y deberían ser castigados bajo la idea del reproche⁴³⁸. Y agrega que “[s]i la prevención se entiende como un desincentivo prudencial, este sería alcanzable con sanciones relativamente modestas”⁴³⁹.

Para VON HIRSCH, el reproche cumpliría, por lo demás, diversas funciones, además del mero reconocimiento de la desaprobación de la conducta realizada.

En primer lugar, en lo que se refiere al responsable, el reproche emite un “mensaje normativo crítico” de represión contra una acción violadora. De este modo, de acuerdo con el citado autor, la pena estaría tratando al delincuente como sujeto moral, consciente de sus responsabilidades frente al Derecho y, por lo tanto, culpable, en cuanto su imposición supone una crítica por el comportamiento realizado, no respondiendo ésta, por tanto, exclusivamente a los beneficios sociales vinculados a la prevención general⁴⁴⁰. En ese sentido, el arrepentimiento del delincuente no sería una consecuencia necesariamente esperada, aunque se entienda que, en muchos casos, podría ser alcanzada como resultado de la reflexión a la que la propia experiencia de la condena conduciría al individuo⁴⁴¹.

Una vez que el reproche orienta al camino del comportamiento moralmente deseado por aquella comunidad, sea frente al infractor, como consecuencia de su hecho, o frente a los demás miembros de la sociedad, todos los individuos son

⁴³⁸ “La concepción de la prevención que yo he esbozado parece adaptarse bien a la ciudadanía responsable. Estas personas reconocerían su deber de no delinquir; entenderían que, de todas formas, a veces están tentados a ello, y optarían por una serie de penas moderadas suficientes para que una persona normal falible se lo piense seriamente antes de delinquir. Pero no pretendería imponer conformidad, ya que se espera de los ciudadanos que respondan al mensaje censorio de la sanción y a un modesto grado de prudencia”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 81.

⁴³⁹ VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 83.

⁴⁴⁰ “[...] el reproche representa una comunicación moral con el autor, a través de la cual se comunica un mensaje normativo crítico en relación a uno de sus comportamientos, esto es, que ha dañado a alguien de modo culpable y que es reprendido por esa conducta. Con este mensaje el autor es tratado como actor cuya actuación se orienta moralmente y recibe una crítica como consecuencia de lo injusto de su comportamiento y no sólo por las posibles ventajas sociales que pueden alcanzarse a través de esta censura”. VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 133.

⁴⁴¹ “Sin embargo el reproche penal sólo concierne al autor externamente. [...] Por ello a mi juicio no existe necesidad de acomodar la reacción de reproche al posible grado de susceptibilidad del autor”. VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 133.

tratados como seres morales, conscientes y capaces, tanto en lo que se refiere a acciones futuras, para que no las realicen, como con relación al pasado⁴⁴².

Pero, en segundo lugar, respecto a la víctima el reproche que emite la pena es además relevante como expresión de que el daño sufrido por ella, injustamente, fue provocado por un sujeto responsable, culpable⁴⁴³. En el mismo sentido se manifiesta FLETCHER cuando admite que la pena tiene la finalidad de reequilibrar al delincuente y a la víctima, colocando a aquél en el lugar de ésta e imponiéndole un dolor equiparable al que realizó⁴⁴⁴. En efecto, sería importante encontrar un equilibrio entre la consideración de los intereses y derechos de la víctima y de los del delincuente, para que la pena no se convirtiera en un acto de venganza. Por lo dicho, recomienda este autor que la punición sostenga su carácter público y que se imponga siempre frente a hechos que amenacen el bienestar de la sociedad⁴⁴⁵.

Para VON HIRSCH es importante además considerar el contenido del reproche para que sea eficaz, ya que una mera demostración simbólica o verbal no sería suficiente para que el mensaje de reprobación tuviera credibilidad⁴⁴⁶. Esos planteamientos se sostienen en la consideración del hombre como un ser falible,

⁴⁴² "A mi juicio, el reproche que se manifiesta a través de la sanción está justificado porque muestra un camino éticamente adecuado, con el que al autor se le dirige la palabra como un actor capaz de realizar consideraciones morales. El mensaje de ilegitimidad del comportamiento, tal como se expresa en la ley penal frente a los ciudadanos, deriva de que muestra una vía ética apropiada, que se corresponde con personas que actúan moralmente orientadas. Los posibles efectos preventivo integradores de este mensaje resultan efectos colaterales en relación a estas pretensiones normativas". VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 135.

⁴⁴³ "El reproche sirve para expresarle que no fue únicamente dañada, sino que además lo fue injustamente a través de un comportamiento ajeno culpable. [...] En cuanto el reproche supone una desaprobación del autor se confirma que el daño de la víctima fue ocasionado por un comportamiento desaprobado del autor". VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 133.

⁴⁴⁴ "Imponer miedo y servidumbre es una forma de obtener dominio. La pena contraataca esta dominación y reduce al chantajista a la posición de la víctima. Así haciendo que el chantajista sufra lo que sufrió la víctima de su chantaje, se restablece la igualdad entre ambos. Una de las funciones de la pena es, por tanto, expresar la solidaridad con la víctima. Es una forma de decirle: «no estás sola; estamos contigo, contra el delincuente»". FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 72.

⁴⁴⁵ "El peligro de centrarnos exclusivamente en los derechos de las víctimas es que en la medida en que la pena es concebida únicamente como un medio para conseguir la satisfacción de sus derechos, se la reduce a un puro acto de venganza o a una especie de compensación económica. La pena debe, pues, mantener hasta el final su carácter público, no es una institución meramente privada. Se impone en nombre del Pueblo o del Estado contra acciones que amenazan el bienestar de toda la sociedad". FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, 1997, p. 76.

⁴⁴⁶ VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 137.

sujeto a las buenas y malas impresiones proporcionadas tanto por el crimen como por la pena, entendiéndose por ello que, para encontrar un freno significativo a su comportamiento inmoral, es necesario que el reproche relacionado con la punición tenga un carácter negativo, aflictivo, normalmente vinculado a una restricción o pérdida, ya de la libertad o económica⁴⁴⁷.

Respecto a la duración del castigo, VON HIRSCH propone el incremento del uso de sanciones intermedias, dirigidas a delitos de baja o mediana gravedad, y que consistirían en castigos alternativos a la prisión y a la suspensión de la condena, lo que, en principio, podría ser más eficiente para expresar el reproche, sin la necesidad de someter al sujeto a intervenciones excesivas⁴⁴⁸.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para VON HIRSCH no es cierto que todo castigo no privativo de libertad pueda ser considerado mejor que la prisión⁴⁴⁹. En ese sentido, deberían ser alejadas de los catálogos punitivos todas las penas que pudieran interferir en la intimidad del condenado o que lo pudieran exponer a una condición de vergüenza o humillación⁴⁵⁰. Si partimos de la esencia de esta teoría, su entendimiento de que el individuo puede ser considerado un ser moral, capaz de comprender la gravedad de su comportamiento y las consecuencias de éste, las penas infamantes, por someterlo a una condición de precariedad y ridiculez, no conllevarían un “juicio social de censura”, pues no lo estarían tratando como una persona, sino como una sub-persona⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ “Debe recordarse que mi teoría penal no afirma que los castigos deban ser graduados para potenciar sus efectos preventivos. El criterio de severidad no necesita por ello corresponderse exactamente con lo desagradable que se sienta subjetivamente. [...] Las penas podrían ser graduadas de acuerdo con el grado en que típicamente afectan a la libertad de movimiento, la capacidad económica y demás”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 68.

⁴⁴⁸ “Recurrir a la prisión para cada incumplimiento es problemático, especialmente en el caso de las nuevas sanciones intermedias. A los infractores que reciben estas sanciones normalmente se les exigen más requisitos que a aquellos a los que se les impone la suspensión de la pena tradicional y su cumplimiento tiende a estar vigilado más intensamente”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 107.

⁴⁴⁹ “Una falacia es la teoría de que *cualquier cosa es mejor que la cárcel*. De acuerdo con ella, la intervención de la comunidad es tolerable independientemente de su carácter degradante o intromisivo, siempre que el resultado sea menos grave que la cárcel”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 130.

⁴⁵⁰ “Las penas infamantes quizá sean menos severas que la cárcel y, por ello, si la persona ha sido condenada por un delito leve, su imposición puede infringir menos el principio de proporcionalidad que una pena larga de prisión. Pero, de todas formas, la sanción es objetable sobre la base de su carácter extremadamente humillante”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 130.

⁴⁵¹ “Cuando se obliga a los prisioneros a caminar encadenados, o cuando se obliga a los condenados a adoptar posturas ridículas como parte del castigo comunitario, están siendo humillados, al margen

Sin embargo, tampoco el modelo defendido por VON HIRSCH está exento de críticas. Al respecto, la doctrina ha señalado que esta propuesta no aclara los criterios para la gradación de la punición, ni el concepto de lesividad social, ya que no toma como referencia ni la peligrosidad del autor, ni la necesidad de protección de la sociedad⁴⁵². Por lo dicho, señala FEIJOO SÁNCHEZ que la relación entre la realización de los delitos más graves, el merecimiento de penas más duras y la garantía de más ventaja ilícita, no es suficiente para aclarar el motivo por el que algunos comportamientos son más intolerables que otros⁴⁵³.

Hay que tener en cuenta, además, como ponen de manifiesto HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que desde el punto de vista criminológico el neorretribucionismo continúa en un plano de abstracción que lo aleja de los caminos reales hacia el control de la violencia. Por lo tanto, aunque la realización de la justicia por la aplicación de la pena merecida revele efectos positivos para la sociedad, no permite medir los resultados empíricos de la propuesta⁴⁵⁴.

del juicio que ellos mismos tengan de su conducta. La humillación no proviene de la aceptación del juicio social de censura, sino del hecho de que están siendo tratados como seres inferiores". VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 132. Y continúa el autor: "[...] una persona tiene derecho no sólo a preservar su personalidad de la destrucción, sino a *poder presentarse al mundo como un ser humano íntegro*. Los rituales humillantes interfieren con este último aspecto: se requiere que la persona adopte la actitud de un estúpido, un esclavo u otra forma de ser inferior". VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 133.

⁴⁵² Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ críticamente destaca la ausencia de un fin social para el castigo, cuando afirma que a "[...] la teoría de la proporcionalidad por el hecho le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena. No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *Indret*, nº. 1, 2007, p. 8.

⁴⁵³ "Es prácticamente imposible con base en la misma graduar la diversa gravedad de los delitos y su mayor o menor lesividad social. Desde esta perspectiva no habría grandes diferencias entre un hurto y un asesinato. Si se entiende que los que cometen los delitos más graves deben responder con más pena porque su arrogación de libertad es más injusta o mayor, se está estableciendo una petición de principio que oculta las auténticas razones por las que los comportamientos son más o menos intolerables. Sin referencia a la lesividad social o a los efectos de la conducta no se explica la razón por la que los delitos que más se castigan suponen una mayor arrogación ilegítima de libertad". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, 2014, pp. 57 y 58.

⁴⁵⁴ "Desde el punto de vista criminológico, una teoría retribucionista pura renuncia a uno de los elementos más característicos del objeto de estudio de la Criminología, la necesidad de saber los efectos, las consecuencias que producen las sanciones, y de valorarlas desde el punto de vista preventivo. La retribución es un concepto puramente normativo, que se sustrae a la verificación empírica. A diferencia de lo que sucede con el concepto de lo útil, el concepto de lo justo es valorable conforme a patrones normativos, pero no es mensurable en el plano empírico. Lo más que se puede establecer es la hipótesis de que haciendo o impartiendo Justicia («Doing justice») se consigue un efecto beneficioso y, por tanto, útil en la regulación de la convivencia humana". HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 352.

En opinión de estos autores, además, cuando el neorretribucionismo hace uso de la culpabilidad, aplicada en el sentido de reproche, en contra de aquéllos que podrían haberse abstenido de la práctica del delito, pero eligieron actuar en contra de la ley, no está teniendo en cuenta que la capacidad de comprender la orientación legal no es uniforme en sociedades complejas y heterogéneas como las contemporáneas⁴⁵⁵.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE, sin embargo, admiten que el sentimiento de venganza o la idea de merecimiento de pena por el hecho injusto, que forman parte de la naturaleza de las teorías retributivas, pueden ser percibidos en numerosas situaciones, incluso en casos donde no cabe la culpabilidad, lo que hace que la punición asuma una naturaleza lógica, “confirmando su superioridad sobre la voluntad del infractor”⁴⁵⁶.

Pero es importante tener en cuenta que la pena absoluta representa a menudo la necesidad de punición a consecuencia del hecho realizado⁴⁵⁷. Por eso, estamos de acuerdo con los autores ya citados, cuando advierten de que dicha necesidad puede conducir a castigos innecesarios basados en la mera satisfacción de sentimientos de venganza –muy comunes entre los ciudadanos influenciados por los medios de comunicación–, lo que, como se sabe, con mucha facilidad resulta no sólo en la imposición de penas más allá de lo que correspondería al principio de proporcionalidad, sino también en la ruptura por parte del sistema penal de la cultura del respeto a la dignidad humana, aproximándose al modelo preventivo

⁴⁵⁵ “El fundamento material de los planteamientos neorretribucionistas es también una concepción clásica de la responsabilidad penal, la *culpabilidad*, entendida como reproche o censura que se hace al individuo que, siendo libre para elegir entre varios haceres posibles, elige el camino del delito en lugar de mantenerse fiel al Derecho. La idea en sí es aceptable como premisa conceptual, pero, como tantas otras premisas normativas, falla en sus presupuestos sociológicos”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, 2001, pp. 352 y 353.

⁴⁵⁶ “Hay, sin duda, muchos casos en los que la idea de que «quien la hace la paga» no sólo es el motor principal del Derecho penal, sino de otras muchas sanciones jurídicas, que se imponen cuando se han infringido determinadas normas de comportamiento. En estos casos, la idea de sanción (pena, obligación de reparar el daño causado, etc.) es casi tautológica, de naturaleza puramente lógica: cumplido un determinado presupuesto debe aplicarse la consecuencia prevista, sin otra finalidad que el restablecimiento de la vigencia de la norma, confirmando su superioridad sobre la voluntad del infractor”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 229.

⁴⁵⁷ “En el pensamiento diario sobre punición, la idea del castigo se aparece prominentemente. Pregunte a cualquier persona en la calle por qué un malhechor debe ser castigado y muy probablemente responderá que él lo «merece»”. VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice: the choice of punishment*, 1986, p. 45 (la traducción es nuestra).

general negativo dirigido a la represión de los enemigos⁴⁵⁸. Este problema, ya presente en las antiguas penas retributivas, no parece haber sido solucionado significativamente por los neorretribucionistas, no obstante sus cuidados en promover la proporcionalidad como marcadores del castigo.

En ese sentido, el propio VON HIRSCH reconoce las dificultades para poner en marcha adecuadamente el castigo justo. Como ilustra ese autor, el *justice model* no parece haber sido suficiente para impedir el crecimiento de las tasas de encarcelamiento en California, que lo adoptó desde los años setenta. En todo caso, como sostiene este autor, la tendencia al incremento de la prisión ya seguía un proceso ascendente que no fue interrumpido a pesar de las restricciones impuestas por el modelo en cuestión, lo que probablemente estaba relacionado con las políticas punitivas que actúan en conjunto con el castigo. Es decir, si la orientación a la disminución del uso de la pena no trasciende el contenido de la condena y se convierte en una política judicial concreta para alejar de la cárcel a los que no la merecen, el sistema no deja de ser injusto, pues se sustituyen las penas cualitativamente severas por un número mayor de condenas⁴⁵⁹.

Sin perjuicio de las críticas doctrinales señaladas, la de VON HIRSCH es una de las propuestas más interesantes de entre las que se han dirigido a aliviar las

⁴⁵⁸ “Esto es lo que sucede cuando los autores de graves delitos de asesinatos en serie, terroristas, violadores o maltratadores de mujeres y niños «reciben su merecido», en el sentido de que son condenados con la severa pena que la gente esperaba y reclamaba, tras haber sido hallados culpables por el Tribunal que los ha juzgado. Pero esa «necesidad de pena», cuya existencia no ha sido todavía suicientemente investigada ni constatada, también puede llevar a penas desproporcionadas o simplemente contrarias a la dignidad humana (como la pena de muerte o las penas corporales) que, por su propia naturaleza, son contrarias a la idea de retribución y expresarían más bien la idea de una prevención general puramente intimidatoria que puede convertir al Estado en un Estado «terrorista», que con penas draconianas y un Derecho penal *ad hoc*, pensado especialmente para los «enemigos», pretenda acabar a toda costa con la criminalidad más grave y preocupante”. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, pp. 229-230.

⁴⁵⁹ “La población reclusa de California estaba aumentando desde hacía siete años antes de que se aplicase la nueva ley penológica y los incrementos se sucedieron al mismo ritmo después de la promulgación de la ley. Éstos se produjeron como consecuencia, fundamentalmente, de un aumento drástico de las penas de prisión. Un modelo de justicia suministra criterios para decidir cuándo debe condenarse a prisión –a saber, unos que limitan la prisión a los delitos más graves-. La ley de California que establecía penas temporalmente determinadas nunca adoptó estos criterios. La ley sólo especifica la duración de la pena de prisión *si* el juez condena a prisión, pero (la ley) deja a discreción judicial la decisión de imponer pena de prisión. Por consiguiente, los jueces de California eran libres de condenar a la pena de prisión –y estaban incluso más dispuestos a hacerlo desde el momento en que supieron que el condenado ya no iba a cumplir largos períodos indeterminados-. No es, por tanto, sorprendente que haya habido un incremento en la pena de prisión para delitos poco graves”. VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, 1998, p. 144.

tensiones a favor de la expansión del contenido aflictivo del castigo, que actualmente parece incontrolable. Desafortunadamente, la tendencia hacia el súper punitivismo no ha tenido en consideración los planteamientos de este autor, sino que ha seguido precisamente el camino opuesto. Las consecuencias prácticas de dicha política criminal, específicamente relacionadas con el tratamiento penal del terrorismo en España, serán analizadas en el capítulo cuarto.

V. FUNCIONALISMO Y CASTIGO

La crisis de la resocialización y el contexto socioeconómico en que se desarrolla, junto con la quiebra de los valores del Estado asistencialista, abren las puertas al surgimiento de modelos punitivos orientados bajo nuevas referencias, ahora más afines a un sentido utilitario. Especialmente porque la retribución seguía en el ámbito de la abstracción y, por lo tanto, no parecía ofrecer suficientes respuestas, como tampoco las ofrecía aisladamente la prevención especial, las nuevas propuestas tratan de actualizar los contenidos de la pena relativa, atribuyendo al castigo un carácter funcional⁴⁶⁰.

Desde esta perspectiva, como señala SANZ MULAS, la ciencia del Derecho penal pasa a observar la sanción de forma más realista, considerando el contexto sociopolítico, antes olvidado, y permitiendo a la política criminal, a la criminología y a la sociología formar parte de las valoraciones dogmáticas⁴⁶¹. Por ello, las teorías que se desarrollan en este contexto académico, muy diferentes entre sí, terminaron asumiendo características preventivas, aunque porten algunos elementos identificados con las teorías retributivas.

⁴⁶⁰ “La crisis de la resocialización y el imposible retorno a la retribución se apuntan como causas que han contribuido decisivamente al auge de la prevención general positiva”. PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 74.

⁴⁶¹ “El pensamiento sistemático ha sido paulatinamente sustituido por el pensamiento problemático, que busca ligar íntimamente el Derecho penal con la realidad social, humana y política en la que está sumergido. [...] Una dogmática, en definitiva, centrada en el espinoso problema de las relaciones entre el Derecho penal y las llamadas Ciencias penales; esto es, entre la Dogmática penal, la política criminal y la Criminología”. SANZ MULAS, Nieves, “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs: El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *RECPC*, nº. 14, 2012, p. 4.

Entre los autores que exploran los nuevos conceptos, ROXIN y JAKOBS, los más expresivos, ponen de manifiesto este modelo punitivo, identificados bajo las teorías de la prevención de integración y de la prevención general positiva, respectivamente, las cuales analizaremos a continuación.

A. ROXIN

La propuesta presentada por ROXIN nace vinculada a la idea de que la convivencia pacífica entre los miembros de una comunidad, entendida como el objetivo clave del sistema penal, se logra por medio de la conciliación entre los fines preventivos del castigo. Es decir, la valoración conjunta desde la transformación del sujeto concreto hasta la intimidación de la generalidad y su convencimiento al respeto a la norma, que deberían ser equilibrados bajo las orientaciones constitucionales⁴⁶².

Estos planteamientos se sostienen en el entendimiento de ROXIN acerca de la política criminal, pues, para este autor, el castigo no debería sólo condicionarse por su supuesta eficacia, sino que precisaría también estar vinculado a los marcadores democráticos⁴⁶³. Por lo tanto, la prevención por medio del castigo terminaría limitada por los derechos de los sujetos a éste sometidos. Es precisamente ese recorte lo que renueva la pena relativa, pues se evitaría incurrir en los mismos errores de las teorías antecesoras, ya exhaustivamente criticadas por la doctrina debido a sus excesos intimidatorios y correctivos, como ya vimos anteriormente.

⁴⁶² Para ROXIN, la convivencia pacífica de la sociedad se alcanza “mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez”. ROXIN, Claus, “Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad”, trad. Carmen Gómez Rivero, en Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 59.

⁴⁶³ Sobre el concepto de política criminal, aclara ROXIN: “De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones”. ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 58.

No obstante la conexión de ROXIN con la prevención y su rechazo a la retribución, su propuesta toma prestado de las teorías absolutas el elemento que lo diferenciaba de las más antiguas teorías relativas: la culpabilidad. Culpabilidad que funcionaría ahora orientativamente para establecer la máxima cantidad de pena a aplicar, pues, a diferencia del modelo retributivo, los parámetros determinados por las necesidades preventivas deberían tener también en consideración la relevancia del castigo, elementos que combinados orientarían su contenido aflictivo⁴⁶⁴.

Desde luego, es preciso observar que, a pesar de la presencia de la culpabilidad, la prevención integradora no parece conectarse con la retribución en su esencia, pues para aquélla, como observa PEREZ MANZANO, “la pena es una pena final”⁴⁶⁵, es decir, lleva fines en su naturaleza, mientras que, para la pena retributiva, ésta sería un fin en sí misma. Además, parece importante señalar que la culpabilidad, para la propuesta analizada, surge exclusivamente para regular los marcadores máximos del castigo, mientras que para la pena absoluta, por determinar su obligatoria imposición, también orientaría el castigo mínimo⁴⁶⁶.

Como se concentra en los límites a la intervención, la teoría permite una amplia flexibilidad respecto a la pena a cumplir, desde entender que no debe cumplirse la pena cuando los fines preventivos no lo demanden⁴⁶⁷, hasta orientar a

⁴⁶⁴ “Para Roxin, el principio de culpabilidad tiene una función liberal absolutamente independiente de toda retribución, que debería conservarse en un Derecho penal moderno. Según este principio la cuantía de la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor, si bien, no existiría inconveniente en admitir una pena cuya cuantía quede por debajo de la medida de la culpabilidad, si a ello no se oponen las exigencias mínimas preventivo-generales”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *RGDP*, nº. 8, 2007, p. 7.

⁴⁶⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 78.

⁴⁶⁶ “[...] la prevención de integración se utiliza para limitar la intimidación a través de la culpabilidad, pero ello no significa que se admita la *bilateralidad* del principio de culpabilidad. La retribución como teoría absoluta implica la bilateralidad del principio de culpabilidad, es decir, que la pena *presupone* culpabilidad y que siempre que se manifieste la culpabilidad hay que sancionar con una pena”. PÉREZ MANZANO, Mercedes, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 78.

⁴⁶⁷ “Porque si la pena tiene una finalidad preventiva no puede bastar para su imposición sólo con la culpabilidad del autor. La pena también tiene que ser necesaria desde un punto de vista preventivo. [...] Si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse”. ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, pp. 60 y 61.

reparaciones a la víctima por parte del autor⁴⁶⁸. Esto último porque se entiende que las compensaciones podrían hacer más fácil, muchas veces, el logro de la paz jurídica (y consecuentemente la realización de dichos fines preventivos), ya que los esfuerzos empleados y los beneficios alcanzados convertirían en positiva la intervención, tanto para las partes como para la administración de la justicia⁴⁶⁹. Desde luego, la prevención-integración, comprometida con el equilibrio social, se satisfaría con la reparación del daño más que con la imposición de castigos que pudieran generar otros perjuicios sea para la víctima, sea para el autor, sea para la propia sociedad⁴⁷⁰.

De acuerdo con ROXIN, si la pena no es necesaria para actuar sobre el sujeto, precisamente porque su comportamiento no parece llevarle a futuras violaciones de la norma; si la sociedad no entiende injusta la ofensa o no se siente desamparada por el Estado frente al comportamiento ilegal, aunque la culpabilidad recaiga sobre su responsable, el individuo no necesitaría someterse al castigo o, por lo menos, podría verlo atenuado⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ “Así, por ejemplo, mi adhesión a la idea de la reparación se explica por el hecho de que la incorporación de la reparación voluntaria al sistema de sanciones en relación con los delitos de pequeña y mediana gravedad conjuga de forma airosa los aspectos preventivos generales y especiales con la satisfacción de los intereses de la víctima”. ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 60.

⁴⁶⁹ “Pero es que la prevención general no se agota en la intimidación, sino que es entendida por la política criminal moderna, más bien, como la llamada prevención general positiva. De acuerdo con ella, el efecto socialmente útil del Derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse. Para alcanzar este efecto de confianza son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima”. ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, en *ADPCP*, T. 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, p. 11. En sentido contrario al carácter preventivo de la compensación, se manifiesta STRATENWERTH: “A este respecto, está completamente fuera de cuestión que la reparación del daño irrogado por el delito puede contribuir en un vasto trecho, o que incluso baste para restablecer la paz jurídica perturbada. Pero el restablecimiento de la paz jurídica, de la confianza en el ordenamiento jurídicamente protegido, si es que este concepto ha de tener aún un sentido asequible, justamente no es idéntico a la prevención, y no lo es aun cuando se la bautice de modo rimbombante, como prevención-integración”. STRATENWERTH, Günter, en *RBCCrim*, 2007, p. 65.

⁴⁷⁰ “Prevención de integración es para ROXIN el efecto de pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente de manera que el conflicto social se soluciona a pesar de la infracción normativa. Este efecto de pacificación se consigue con la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad porque se corresponde con el sentimiento jurídico de la generalidad. [...] En consecuencia, que la medida de la culpabilidad sea el límite máximo de la pena no implica una pérdida de eficacia preventivo general, porque la pena adecuada a la culpabilidad produce el efecto integrador”. PÉREZ MANZANO, Mercedes, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 76.

⁴⁷¹ “Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados como los homicidios o los delitos violentos brutales. [...] Pero incluso en los delitos más graves los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena”. ROXIN, Claus, en *ADPCP*, 1999, p. 11.

De acuerdo con todo lo dicho, se entiende que al imputarle a la culpabilidad un carácter transversal a las teorías de la pena, ROXIN aleja de su contenido los elementos que la convertían en el fundamento del castigo retributivo y le atribuye un carácter limitador de la fuerza punitiva⁴⁷².

Naturalmente, la prevención general positiva no puede ser olvidada, sino que también forma parte de la referida propuesta teórica, pues es necesario tanto que la sociedad perciba la norma como válida, y trate de respetarla, como que reconozca en ella sus propios valores. Por ello, la identificación de los ciudadanos con los límites impuestos por la legislación fortalece el ordenamiento jurídico y hace que el castigo sea percibido como justo por la colectividad. Sin embargo, para el mejor equilibrio de las fuerzas y bases democráticas, no se debe considerar adecuado que la protección del sistema normativo ignore las consecuencias del castigo para el individuo, pues no parece mínimamente aceptable que se pueda instrumentalizar el carácter aflictivo de la pena. En ese sentido, no parece justificable que las necesidades de comunicación con la sociedad sean ilimitadas, pues es precisamente esa falta de parámetros máximos lo que permite o al menos favorece el autoritarismo de la intervención⁴⁷³.

En todo caso, conviene observar que los planteamientos de ROXIN se acercan, de alguna forma, a los postulados de JAKOBS respecto a los fines de la pena, pues ambos autores valoran el carácter funcional de la respuesta punitiva. Sin embargo, el contenido y los límites atribuidos a dicha réplica es precisamente lo que los aleja⁴⁷⁴.

⁴⁷² “Para el autor el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena es insuficiente y debe ser abandonado, pero sin embargo debe seguir manteniéndose como principio limitador de la pena y puede fundamentarse en esta segunda función”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en *RGDP*, 2007, p. 15.

⁴⁷³ Por ello, agrega MUÑOZ CONDE: “La misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos y el correcto funcionamiento del sistema social de convivencia, sino también en limitar el poder punitivo del Estado que, decidido a acabar a toda costa con la criminalidad, puede imponer sanciones excesivas sacrificando con ello las garantías mínimas de los individuos y la idea de proporcionalidad”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La prisión en el Estado social y democrático de derecho: prevención general *versus* prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”, en *Eguzkilo*, nº. Extra 2, 1989, p. 167.

⁴⁷⁴ “El *pensamiento de Roxin* es funcionalista porque busca [...] la acomodación del Derecho penal a ciertos fines y principios político-criminalmente asentados en la Constitución propia del Estado de Derecho. [...] El *pensamiento de Jakobs* es funcionalista porque define el derecho como una prestación consistente en garantizar la identidad normativa y con ella la constitución misma de la sociedad”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Crítica al funcionalismo normativista”, en *RDPC*, nº. 3, 2010, p. 14 (la cursiva pertenece al original).

Sin querer adelantarnos a los análisis sobre JAKOBS, es importante destacar que, desde las propuestas de este autor, la pena persigue la finalidad de estabilizar el sistema violado por el delito y estimular el respeto al Derecho por los demás que asisten a su imposición. De ello que se deduce que, en caso de lesión de una norma a través del delito, lo importante es mostrarle tanto al infractor como a la sociedad que la vigencia de dicha norma permanece intacta, a pesar de la voluntad contradictoria del delincuente, expresada a través del hecho. Según JAKOBS, la infracción traza nuevos límites a la sociedad, en la medida en que el responsable, al no comportarse de acuerdo con ella, exigió un nuevo espacio de libertad, inexistente hasta entonces, cuestionando no sólo los límites de esa sociedad, sino principalmente su propia existencia⁴⁷⁵.

Al respecto, ROXIN, con razón, pone de manifiesto los riesgos de esta propuesta, pues la flexibilidad de la citada teoría permite su imposición en cualquier tipo de sistema, incluyendo desde sistemas jurídicos basados en los parámetros constitucionales, hasta sistemas totalitarios, que con mucha facilidad justifican la legislación autoproteccionista⁴⁷⁶. Pero la pena no puede alejarse de las orientaciones político-criminales que la vinculan directamente a los resultados fácticos de la propuesta teórica. Éste, incluso, parece ser uno de los principales puntos de divergencia entre los referidos modelos, pues la prevención general propuesta por JAKOBS se desconecta completamente del impacto empírico que el castigo puede representar⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ “La infracción de una norma crea una situación ambigua: formalmente, se trata de sociedad, pero los límites de ésta son trazados de nuevo; allí donde conforme al esquema social trátase de deber, el sujeto que actúa exige un espacio de libertad. Diciéndolo de otro modo: el comportamiento se interpreta como conducta con sentido, pero el contenido de ese sentido está en discusión: sentido formal. El comportamiento contrario a la norma, por lo tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter de real de la sociedad: ¿se trata de deber o de un espacio de libertad?”. JAKOBS, Günther, *Teoría da pena; e suicídio e homicídio a pedido*, trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, Manole, 2003, p. 11 (la traducción al español es nuestra).

⁴⁷⁶ “«En una perspectiva funcional sólo interesa» la «fuerza de autoconservación del sistema». La función de la pena y de la dogmática es, por tanto, independiente de la concreta Constitución y de la legislación y puede conectarse en la misma medida con un sistema liberal, colectivo o totalitario. Cada uno de ellos puede, si bien de modo diverso, estabilizarse mediante el Derecho penal”. ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 67.

⁴⁷⁷ “Como es sabido, Jakobs sostiene una «teoría de la prevención general positiva», conforme a la cual, la tarea principal de la pena y del Derecho penal consiste en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el «ejercicio en la finalidad al Derecho». Al principio esto se entendió en general en el sentido de que con ello se hacía referencia a una influencia real psico-social en la conciencia colectiva. Pero entretanto Jakobs ha aclarado que eso no es así, sino que la pena

En todo caso, para ROXIN, las fronteras constitucionales del castigo, desde esta perspectiva, no pueden ser superadas, para que no se deterioren los derechos de los ciudadanos y para que, bajo el pensamiento funcional, no se justifiquen intervenciones desproporcionadas que meramente tengan por finalidad la imposición y autoafirmación imperativa de la norma. Ello se debe a que el Derecho no puede perder su correspondencia con la persona, sino que debe tener en cuenta a los afectados por él.

B. JAKOBS

Siguiendo un camino distinto a ROXIN y completamente alejado de las necesidades político-criminales, los postulados presentados por JAKOBS se sostienen en las bases teóricas de LUHMANN, responsable de la teoría de los sistemas. Para este autor, “el derecho no sirve para evitar conflictos”, sino para imponer un modelo comunicativo específico tras el conflicto realizado, a través del cual se estabilizan las estructuras debilitadas por la infracción⁴⁷⁸.

Como explica JAKOBS, las relaciones sociales generan expectativas de respeto a determinadas reglas, de manera que cuando la regla se viola, se frustran dichas expectativas, creando un conflicto que desestabiliza no sólo las referidas relaciones, sino también la confianza en la propia norma⁴⁷⁹, pues la parte que ha sufrido la

encierra en sí misma su finalidad con independencia de cualquier influencia empírica”. ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, pp. 65 y 66. Respecto a las diferencias entre ambos, agrega DEMETRIO CRESPO: “Mientras que para *Jakobs* la pena encierra en sí misma su finalidad, consistente en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el ejercicio de fidelidad al derecho, con independencia del marco histórico-político, *Roxin* exhibe la orientación reformadora y capacidad creativa de su modelo de pensamiento en el marco constitucional”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en *RGDP*, 2007, p. 5.

⁴⁷⁸ “El derecho no sirve para evitar conflictos, incluso —si tomamos en cuenta la represión de conflictos en las sociedades cercanas al modelo de integración— provoca un incremento considerable de las probabilidades de conflicto. El derecho solo trata de evitar la aparición violenta de un conflicto y de poner a disposición la forma de comunicación adecuada para cada conflicto. En cuanto alguien apela al derecho, el material de comunicación se reordena [...]”. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (1983), trad. Silvia Pappe/ Brunhilde Erker, 2ª. ed., Barcelona, Anthropos, 1998, pp. 338 y 339.

⁴⁷⁹ “El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se decepciona esa expectativa, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión”. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte*

decepción tiene deteriorada la certeza de que los demás miembros de la sociedad, a partir de allí, se orientarán a favor del respeto a la misma⁴⁸⁰.

Según este autor, la infracción traza nuevos límites a la sociedad, en la medida en que el ofensor exige un nuevo espacio de libertad a través del incumplimiento del mandato normativo, por medio de la cual cuestiona los límites demandados por ella, además de su propia existencia⁴⁸¹.

Para resolver la contradicción expresada por la ofensa, la réplica penal surge precisamente con el objetivo de contrariar la voluntad original y confirmar la validez del Derecho. En ese sentido, el hecho termina entendido como disfuncional, más porque pone en duda la confianza institucional que por los bienes jurídicos lesionados. Es decir, es perjudicial para el propio sistema, no para la protección de los derechos individuales, los cuales, sin embargo, no parecen ser su objeto de interés⁴⁸². Desde luego, delito y castigo son comunicaciones simbólicas y contrapuestas que se invalidan recíprocamente, pues mientras aquél desestabiliza la cohesión social y pone en peligro la vigencia de la norma, éste devuelve al sistema la firmeza vulnerada por la violación⁴⁸³. En definitiva, la pena funciona como “fortalecedora de la lealtad normativa de los ciudadanos”⁴⁸⁴ y su aplicación termina por fortalecer el propio sistema.

general. Fundamentos y teoría de la imputación, trads. Joaquín Cuello Contreras/ José Luis Serrano González de Murillo, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 9-10.

⁴⁸⁰ “Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo”. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, p. 10.

⁴⁸¹ JAKOBS, Günther, *Teoría da pena; e suicídio e homicídio a pedido*, 2003, p. 11.

⁴⁸² “De ahí se deriva que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados”. BARATTA, Alessandro, “Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, trads. García Méndez, Emilio/ Sandoval Huertas, Emiro, en *CPC*, nº. 24, 1984, p. 535. No obstante este planteamiento general del funcionalismo, para ROXIN “sólo se puede penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada”. ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 21.

⁴⁸³ “El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito”, BARATTA, Alessandro, en *CPC*, 1984 p. 535.

⁴⁸⁴ VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 129.

Esta perspectiva se basa, sobre todo, en la idea de que no son las personas quienes fundamentan la comunicación personal, sino que es ésta quien define a los individuos como personas⁴⁸⁵. Desde estos planteamientos y fundamentándose una teoría de la excepción justificada en la clasificación diferenciada de individuos que se comunican de maneras distintas⁴⁸⁶, la categorización como no persona no sería definida por la autoreferencia del individuo o por su mera voluntad, sino como consecuencia del mensaje expresado por él⁴⁸⁷.

En todo caso, como pone de manifiesto PORTILLA CONTRERAS, es difícil entender un castigo que no porte el fin intimidatorio, sino que sea exclusivamente de autoprotección, pues desde esta óptica, la deseada estabilidad del sistema sólo parece lograrse mediante la realización del delito y la imposición de su consecuencia

⁴⁸⁵ “La autopercepción del sujeto mediante la aceptación de la norma se ha descrito como un hecho psíquico, pero como tal se mantiene demasiado contingente para poder construir sociedades sobre él. Esa contingencia se ve superada normativamente: no depende de como un individuo se comprenda a sí mismo, ni tampoco de que exista la apariencia de que se ha concebido a sí mismo como sujeto, sino de la posibilidad de ser interpretado como si la aceptación de la norma fuera su cometido. [...] desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas”. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 81. Al respecto, también señala PORTILLA CONTRERAS: “Su definición [del concepto de persona] a partir de una construcción comunicativa, y no como sujeto universal de derechos, ha permitido la separación del Derecho penal en función de la valoración entre las acciones de las *personas* y las *no-personas* (enemigos)”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”, en Portilla Contreras, Guillermo, *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal, 2005, pp. 66 y 67 (la cursiva pertenece al original). Y continúa el autor: “Las personas no son sistemas como las conciencias o los cuerpos, sino que conforman una estructura social que permite a la sociedad seleccionar una dirección para la producción de las comunicaciones”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 70.

⁴⁸⁶ “De este modo Jakobs transita de Hegel a Luhmann, pasando por C. Schmitt, para fundamentar toda una teoría de la excepción, basada en la dicotomía ciudadano/enemigo”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en *RDPC*, 2010, p. 19 (la cursiva pertenece al original).

⁴⁸⁷ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ la comunicación no sería expresada por el individuo, sino imputada a él. Al respecto, observa el autor: “No obstante, para llevar a cabo la imputación, el sistema precisa de un constructo propio —una dirección— a la cual orientarla. Este constructo propio al que se imputan las comunicaciones jurídico-penales es precisamente la persona jurídico-penal. La asombrosa consecuencia que se deriva es la siguiente: la persona nunca comunica, sino que a la persona se le imputa o atribuye una comunicación. Y es que es esta imputación la que convierte a un sujeto en persona —esto es, la imputabilidad o capacidad e imputación—. Formulando de manera un tanto tradicional, si se observa el sistema jurídico, la persona nunca actúa, sino que a la persona se le imputa una acción”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Una teoría constructivista de la pena: la retribución comunicativa”, en Montealegre Lynett, Eduardo/ Caro John, José Antonio (Edits.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 113.

jurídica⁴⁸⁸. Esta postura, incluso, parece ser la principal razón que conduce a que un amplio sector de la doctrina sostenga que esta teoría no debería estar categorizada entre los modelos preventivos⁴⁸⁹.

En efecto, como agrega GÓMEZ-JARA DÍEZ, en la medida en que los fines de la pena expresados por la prevención general positiva se concentran exclusivamente en la reafirmación del estatus jurídico, el castigo no estaría orientado ni al futuro (es decir, a la prevención), ni al pasado (retribución): la ratificación de la identidad social por reacción al delito “confirma la configuración presente”⁴⁹⁰.

En todo caso, el acercamiento entre la prevención general positiva y la retribución ya fue reconocido por el propio JAKOBS al identificar en los planteamientos de HEGEL algunos elementos convergentes, sobre todo porque este autor, al entender el delito como una violación y la pena como la «violación de la violación», buscaba el “restablecimiento del Derecho”, lo que también se podría interpretar como la reafirmación de la norma⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ “Resulta ciertamente sorprendente que inicialmente Jakobs no comparta que la norma asume la función de determinación de conductas y que, por tanto, pueda incidir en el comportamiento de los ciudadanos, sino que, por el contrario, en su opinión, la pena se legitime exclusivamente como réplica a la conducta contraria a la norma. Era curioso ya que, en coherencia con el modelo sistémico, el Derecho penal se sirve del conflicto para extender el respeto a las expectativas básicas. Es la infracción la que favorece la consolidación de la expectativa normativizada a través de la imposición contrafáctica de la misma”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, 2005, p. 62.

⁴⁸⁹ “Al fijar la misión de la pena en la exclusiva reafirmación de la vigencia de la norma, antes que en la evitación de la lesión de bienes jurídicos, y a pesar de su expresa manifestación en contra, abandona JAKOBS la obligada perspectiva preventiva”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001, p. 166.

⁴⁹⁰ “La pena, en definitiva, constituye uno de los símbolos de vigencia más importantes. Esta actualización de la configuración social implica que la pena no se orienta ni hacia el pasado ni hacia el futuro, sino a la diferencia entre pasado y futuro: se orienta hacia el presente. Con otras palabras: la pena confirma la configuración actual, la configuración presente (ni la pasada ni la futura). Con esta oscilación entre autorreferencia y heteroreferencia (legal/ilegal), el sistema jurídico-penal alcanza su estabilidad dinámica, lo cual implica que confirma su identidad. La sociedad reacciona frente a estas irritaciones a través de su sistema jurídico-penal y, de hecho, lo hace como un sistema inmune”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, 2008, p. 114.

⁴⁹¹ “En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho». JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, pp. 22 y 23 (la cursiva pertenece al

La cercanía entre las posturas de estos dos autores también es identificada por ROXIN, sobre todo porque en la prevención general positiva, frente a las posibilidades de pérdida de límites y de la eventual falta de legitimidad de la autoridad, y desde el momento en que la teoría de la pena se coloca en un plano abstracto, desvinculado del enfrentamiento a la criminalidad, el castigo se convierte en un fin en sí mismo, aunque, a diferencia de lo que ocurre en las teorías absolutas clásicas, no relacionado con fundamentos morales⁴⁹². Por eso, para JAKOBS cualquier otro fin adicional, como la protección de bienes jurídicos, la retribución del mal, la prevención de delitos, la intimidación, etc., no forma parte de ella⁴⁹³.

No obstante, la prevención general positiva también tiene sus puntos de conflicto con la retribución. En primer lugar, para JAKOBS los destinatarios de la pena no serían sólo los potenciales delincuentes, sino todos los miembros de la comunidad, a diferencia de la pena hegeliana, que únicamente se orientaría al infractor. En efecto, para JAKOBS, la pena se comunica con todos porque todos los que viven en comunidad interactúan y, por ello, el respeto al ordenamiento jurídico es importante para que puedan saber qué esperar de aquéllos con los que conviven.

original). En lo que respecta a la finalidad de la pena para la teoría preventiva general, como señala MIR PUIG: "La pena sirve para destacar con seriedad, y en forma *costosa* para el infractor, que su conducta no obsta al mantenimiento de la norma. La pena no ha de verse en su aspecto naturalístico del mal, de la misma forma que el delito no importa en cuanto lesión de un bien jurídico". MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 53 (la cursiva pertenece al original). Y acertadamente el citado autor agrega que desde ese punto de vista se pueden encontrar elementos del discurso hegeliano. Porque "[a]sí como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción. Se trata, como se ve, de una contrucción que recuerda intensamente la de Hegel". MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 53. Compárese, si no, con el planteamiento hegeliano: (§97) "La vulneración del Derecho como tal, es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración". HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), 1975, p. 107.

⁴⁹² "Eso corresponde a una teoría absoluta en el sentido de Kant y Hegel; en cualquier caso, ese significado independiente de las consideraciones empíricas reside en la autoafirmación de la sociedad, y no en reverenciar al delincuente como racional". ROXIN, Claus, en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, 2000, p. 66.

⁴⁹³ "Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento". JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, pp. 13 y 14.

En este primer momento, como sostiene el autor, el efecto de la pena sería “ejercitar en la confianza hacia la norma”⁴⁹⁴.

Además, también a diferencia del retribucionismo, que no se preocupaba por la reincidencia, para JAKOBS, a través del sufrimiento impuesto por el castigo y del ejemplo que representa la condena, el individuo percibe las ventajas de comportarse de acuerdo con la ley, estimulándolo a orientar su conducta por la licitud. En este momento, el castigo sería importante para ayudarlo a “ejercitarse en la fidelidad al Derecho”⁴⁹⁵. Y, en caso de infracción, el castigo llevaría al condenado a “ejercitarse en la aceptación de las consecuencias”⁴⁹⁶, confirmando su sumisión a las reglas sociales.

Entre las muchas críticas que ha realizado la doctrina al funcionalismo sistémico, cabe destacar la referencia a su alejamiento de las consecuencias fácticas y al exceso de compromiso con el contenido formal de la prevención general, en la medida en que con ello se ignoran las posibilidades reales de autoritarismo que de esta teoría pueden derivarse⁴⁹⁷. Como pone de manifiesto MIR PUIG, el modelo de JAKOBS, al sostener la necesidad de ejercitar la confianza de la norma, rompe con los límites materiales de la punición y coloca el delito en función del sistema, ya que demanda siempre la restauración de dicha norma, independientemente de su contenido⁴⁹⁸. MIR cuestiona además, acertadamente, la necesidad de punición con

⁴⁹⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, p. 18. Respecto a las conexiones entre la prevención general de JAKOBS y las teorías de la pena planteadas por autores anteriores a él, MIR PUIG encuentra además una conexión con WELZEL, principalmente en lo que concierne al entendimiento de ambos respecto al “mantenimiento de la fidelidad a la norma”, aunque reconozca el distanciamiento entre ellos en lo relativo a la protección de bienes jurídicos, defendida, aunque sea de forma secundaria, por WELZEL. Según MIR PUIG, JAKOBS “[c]oincide con Welzel en perseguir el mantenimiento de la fidelidad al Derecho en la colectividad, pero rechaza que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos”. MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 53.

⁴⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, p. 18.

⁴⁹⁶ “Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar de lo que ha aprendido [...]”. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, p. 18.

⁴⁹⁷ “[...] Jakobs aborda desde un punto de vista absolutamente formal (neopositivismo formalista) la función del Derecho penal al preocuparse solo por la seguridad de las expectativas normativas sin que importe el contenido de las normas o valores implicados”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, en *RDPC*, 2010, 17 (la cursiva pertenece al original).

⁴⁹⁸ “En Jakobs [...] desaparecen los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo únicamente como función de la norma, cualquiera que ésta sea”. MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 54.

el mero propósito de garantizar la vigencia de la norma, en la medida en que “*una declaración inequívoca*” tal vez pudiera bastar para alcanzar dicho fin⁴⁹⁹.

Al respecto, estamos de acuerdo con el sector doctrinal que entiende que el modelo preventivo analizado conlleva, entre líneas, la preservación del discurso represivo, en una cierta ola autoritaria, más allá de intentar superponer los intereses del Estado a la necesidades del individuo, lo que convierte a este modelo en más amenazador aún que el tan criticado retribucionismo⁵⁰⁰.

No se puede olvidar que la pena, sea retributiva o preventivo-general, es un mensaje que comunica tanto a la colectividad y al delincuente el comportamiento ideal, como a la fuerza del Estado la necesidad de reprimir a aquéllos que se niegan a actuar conforme a aquél. Pero, como críticamente sostiene GÜNTHER, la pena no es solamente un ejercicio de reconocimiento o de aceptación de la norma, sino que funciona como un refuerzo del reconocimiento de diversas normas de control social que conducen necesariamente a un comportamiento de conformidad con el deseado por el Derecho⁵⁰¹, modelo que, para este autor, alcanza una punición

⁴⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 57. Asimismo, MIR PUIG entiende que la prevención general positiva entendida como restrictiva de la intervención penal, más cercana a las propuestas de ROXIN, parece ser el modelo más adecuado para el sistema democrático. El citado autor valora negativamente la finalidad de la pena orientada a actuar “en la conciencia ético-social” del individuo, porque entiende que no puede imponerse por la fuerza de la ley lo adecuado a la moral, o al Derecho, sino que debe ser absorbido por el individuo. Al respecto, pone de manifiesto el autor: “Personalmente, considero que en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. Ahora bien, así concebida puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención, sino incluso como la mejor opción para un Derecho penal Democrático. [...] La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel [...]. La «actitud interna» (Gesinnung) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena”. MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 56.

⁵⁰⁰ Así también, por ejemplo, MIR: “Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistémica de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales”. MIR PUIG, Santiago, en *ADPCP*, 1986, p. 57.

⁵⁰¹ “La teoría de la prevención integradora se orienta sobre todo por la idea de Durkheim, de que el comportamiento obediente al derecho se asienta en convicciones axiológicas generalmente compartidas. La pena es aquí no sólo entrenamiento en el reconocimiento de la norma, sino, además de eso, confirmación y refuerzo de los diversos valores, normas e instituciones de una sociedad, los cuales, en conjunto, estabilizan actitudes de obediencia al Derecho, pero que a su vez son estabilizados por otras formas de control social”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 71 (la traducción es nuestra).

ajustada a las necesidades del Estado de Derecho, respetando la dignidad humana y el principio de *ultima ratio*⁵⁰².

Hay que tener en cuenta, asimismo, como plantea VON HIRSCH, que la prevención general positiva representa “un fundamento bastante inseguro de los límites morales al derecho penal”, y ello porque, en su opinión, aunque es posible aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos, teniendo en cuenta lo poco que sabemos al respecto, “existen menos puntos de apoyo para afirmar que estos se producen no con la intimidación sino con el fortalecimiento de la lealtad al derecho”⁵⁰³.

Observando retrospectivamente los planteamientos de DURKHEIM, este autor, en su tiempo, sostenía que la pena debería servir para generar un sentimiento de cohesión social, mostrando que aquéllos que no cometen delitos están del lado correcto, mientras que los demás están del lado equivocado. Lo que, según GÜNTHER, hace que el delito sea “necesario para la integración de la sociedad”, para que, a través de él, la conciencia colectiva relacionada con el comportamiento ideal sea eventualmente reavivada⁵⁰⁴.

Este fundamento parece, en todo caso, y en lo que ahora nos interesa, corroborar las ideas respecto a la bipartición de la sociedad entre amigos y enemigos del sistema, camino natural seguido por la referida teoría, como analizaremos a continuación.

⁵⁰² “El mérito de este concepto consiste en que, al contrario de las demás teorías preventivas, consigue integrar las características del Derecho penal del Estado de Derecho [...]. El Derecho penal estabiliza la confianza en la vigencia de la norma en la medida en que transmite los valores del Estado de Derecho de un Derecho penal vinculado a los principios de dignidad humana, de formalización y de *ultima ratio*. La pena, por lo tanto, transmite consigo la mensaje de su propia limitación”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 72 (la traducción es nuestra).

⁵⁰³ VON HIRSCH, Andrew, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 130.

⁵⁰⁴ Respecto de la prevención general, desde el punto de vista de DURKHEIM, dice GÜNTHER: “Es por eso que el crimen es decididamente necesario para la integración de la sociedad, ya que es sólo por medio del teatro penal como consigue reactivar y reestabilizar constantemente su propia consciencia colectiva. Caso contrario, las normas y valores comunes caerían en el olvido, se tornarían frágiles, individualizados y privatizados y su influencia en la determinación de comportamientos se volvería cada vez más débil. Al final habría el riesgo de desintegración de la sociedad”. GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 70 (la traducción es nuestra).

VI. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Los planteamientos funcionalistas presentados por JAKOBS se convirtieron en un modelo punitivo de alto tenor autoritario denominado Derecho penal del enemigo, el cual viene siendo ampliamente adoptado por las más diversas naciones occidentales. La teoría en cuestión fue presentada por este autor a finales de los años noventa del siglo XX, aunque sus bases ya habían sido plantadas algún tiempo antes de una manera que todavía no presagiaba el desarrollo que iba a tener después.

Fue en 1985 cuando JAKOBS planteó si era posible el adelantamiento de la punibilidad a estadios previos, considerando la amenaza de lesión a bienes jurídicos representada por la peligrosidad del sujeto. Como admitía el propio autor, el desarrollo natural de esta teoría conduciría a la represión de los pensamientos peligrosos de autores potenciales o de las fuentes de dichos pensamientos peligrosos⁵⁰⁵ entendidos éstos como “enemigos del bien jurídico”⁵⁰⁶, opositores del ciudadano. Sin embargo, JAKOBS reconocía que los Estados no autoritarios permiten el espacio de cogitación, en el cual el sujeto tiene la libertad interna de pensar, sin que de esto se derive necesidad alguna de intervención penal, pues no serían relevantes para la sociedad las meras ideas, entre otras razones por la imposibilidad de conocer, de forma eficaz, un pensamiento aún no expresado por acciones delictivas⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ “El autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos”. JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), trad. Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 295.

⁵⁰⁶ JAKOBS, Günther, en *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 295.

⁵⁰⁷ “Pues bien, todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio *cogitationes poenam nemo patitur*, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationes*. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia”. JAKOBS, Günther, en *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 295.

De hecho, en aquel momento el autor se manifestaba a favor de la exclusión del ámbito de lo penal no sólo de los pensamientos, sino también de las conductas realizadas en el ámbito privado, siempre y cuando fueran irrelevantes o no perturbadoras⁵⁰⁸. Pero ya en aquel entonces dejaba abierta la posibilidad de admitir la existencia de dos perfiles de sujetos, cuya orientación hacia una clasificación u otra se relacionaría con las fuentes de peligro que pudieran representar⁵⁰⁹.

Estos planteamientos fueron de nuevo defendidos y ampliados en 1999, en una conferencia en Alemania que se publicó en España bajo el título “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”⁵¹⁰. En esta ocasión, JAKOBS iniciaba una nueva orientación legitimadora de la pena, que ha dado lugar a una enorme polémica respecto de la cual se han manifestado numerosos autores (en su mayoría, en contra).

A partir de ahí, JAKOBS pasa a sostener que a través del Derecho se establece una forma de comunicación⁵¹¹ entre el Estado y los individuos, denominados “ciudadanos”, signatarios del hipotético contrato social que los hace titulares de

⁵⁰⁸ “En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea *per se* irrelevante. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el marco que se acaba de indicar y se comporta de un modo perturbador, es decir, si se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos”. JAKOBS, Günther, en *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 303.

⁵⁰⁹ “A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadano se pueden derivar límites hasta cierto punto firmes, para la anticipación de la punibilidad”. JAKOBS, Günther, en *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 295.

⁵¹⁰ JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”, trad. Teresa Manso Porto, en Muñoz Conde, Francisco (Coord. versión española), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 53-64.

⁵¹¹ Al respecto, aclara GRECO: “A su modo de ver, las normas son, en primer lugar, parámetros de interpretación que hacen del mundo de la naturaleza un mundo de sentido o de comunicación. Es la norma la que hace de la causa de una muerte un homicidio, es la que fundamenta la expectativa y la confianza en que tales hechos no serán cometidos por los otros, posibilitando, así, la orientación en un mundo complejo, y es ella la que hace de un sistema psicofísico una persona, que puede ser autor o víctima de un delito. Tales atribuciones no ocurren en el plano de la naturaleza y sí en el de la comunicación, por lo tanto, no son susceptibles de falsificación en razón de eventualidades vinculadas a los datos naturales o fácticos; ellas rigen, por lo tanto, también contra la naturaleza, contra los hechos: contrafácticamente”. GRECO, Luís, “Acerca del llamado Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, V. 1, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 1084 y 1085.

derechos y deberes⁵¹². Para ellos, la legislación prevé un catálogo de orientaciones sobre los espacios de interacción social autorizados, de forma que aquéllos que deciden libremente actuar de manera contraria a dicha orientación, atacan su vigencia⁵¹³ y, como respuesta, la pena surge para restaurar la norma y la confianza de los demás miembros de la sociedad en el ordenamiento jurídico. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son “medios de interacción simbólica”, y el autor es tomado en serio en cuanto persona, “pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho”⁵¹⁴.

Sin embargo, JAKOBS admite que, en una misma sociedad, coexisten dos perfiles de individuos: (1) los mencionados “ciudadanos”, que ofrecen garantías cognitivas en cuanto al cumplimiento de la norma y que poseen estilo de vida y relaciones sociales valorados positivamente; y (2) aquéllos cuyos comportamientos, asociaciones y relaciones los involucran o aproximan a actividades criminales consideradas excepcionales, rechazadas por los demás miembros de esa misma comunidad. En este segundo caso, el autor entiende que esos individuos se colocaron en la condición permanente, o por lo menos duradera, de no-titulares de deberes, lo que los lleva automáticamente a la categoría de “no-ciudadanos” o “no-personas”⁵¹⁵.

Para contestar a los actos ilícitos de ambos grupos, sostiene JAKOBS que es posible que existan, en un mismo ordenamiento jurídico, penas con finalidades diferentes, orientadas a los mencionados perfiles –ciudadanos y no ciudadanos–, lo que naturalmente flexibilizaría negativamente para estos últimos las garantías que rigen el sistema penal en un Estado democrático de Derecho⁵¹⁶.

⁵¹² JAKOBS, Günther, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 56.

⁵¹³ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 23.

⁵¹⁴ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 23.

⁵¹⁵ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 59.

⁵¹⁶ “[...] la pena, dependiendo de su función, ha de dirigirse a destinatarios distintos”. JAKOBS, Günther, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 57. Aún más, según el autor en cuestión: “*El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra*”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 33 (la cursiva pertenece al original).

En consecuencia, el Derecho penal del enemigo termina por dirigirse a los individuos “que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”⁵¹⁷. Es decir, a aquéllos que no puedan entender lo que la norma comunica o que no desean comprometerse a respetarla: esa falta de compromiso del individuo para con el ordenamiento jurídico necesariamente lo aparta del tratamiento dirigido a los “ciudadanos”⁵¹⁸.

De tal modo que, si se comete un crimen considerado “normal” para lo que se espera de la convivencia social (si es que es posible determinar objetivamente lo que eso significa), el sujeto debe ser categorizado como ciudadano y responder por el acto delictivo a través de un proceso penal común, que le atribuirá una pena que tendrá que cumplir dentro de los parámetros de un Estado democrático, con fines de prevención general positiva. Por el contrario, si se comete un crimen considerado más grave o más perjudicial para la convivencia social (dentro de los patrones de gravedad asumidos por el legislador en un determinado contexto político), el individuo perderá su condición de ciudadano, será considerado una no-persona y deberá responder por el acto a través de un proceso penal especial, que conducirá a una pena y a un régimen de condena fuera de los patrones democráticos. Como ejemplifica JAKOBS, según este sistema un delito cometido por un individuo independiente, como en un caso de homicidio pasional, sería tratado de forma completamente diferente de, por ejemplo, un homicidio contra un embajador o un miembro de una organización gubernamental, una vez que, en principio, el último tendría motivaciones políticas o ideológicas que podrían ser vinculadas a un acto de terrorismo. Queda claro, entonces, que el objeto de la respuesta penal no es meramente el homicidio, o todos los homicidios, sino una clase específica de este delito⁵¹⁹.

⁵¹⁷ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 40.

⁵¹⁸ “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 47 (la cursiva pertenece al original).

⁵¹⁹ “Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 41 y 42. Analizando críticamente el perfil del enemigo establecido por JAKOBS, FERRAJOLI destaca que,

La definición del perfil del enemigo y las medidas para controlarlo muestran por otro lado que JAKOBS lo percibe no sólo como un individuo peligroso, sino también como una criatura mucho más perversa que la media, es decir, un delincuente con potencial destructivo sobrehumano o, como el propio autor destaca, “individuos a los que hay que impedir mediante la coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”⁵²⁰.

Sobreestimando sus características criminales y su “peligrosidad terminal”⁵²¹, el citado autor llega, incluso, a establecer un puente indeseado entre el militarismo y el Derecho, lo que constituye un problema grave, dado que ello supone que el Estado pasa a entender que determinadas ofensas pueden representar un conflicto bélico que debe ser reprimido, no a través del Derecho penal común, sino por medidas excepcionales. Momento en que, como pone de manifiesto FERRAJOLI, empieza la deconstrucción de la propia idea de Derecho⁵²².

“[e]n efecto, el enemigo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace. El presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de 'sospechoso' o 'peligroso'”. FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, en *JD*, nº. 57, 2006, p. 6. Por su parte, este autor entiende que “[e]l esquema del derecho penal del enemigo no es otra cosa que el viejo esquema del ‘enemigo del pueblo’ de estaliniana memoria y, por otra parte, el modelo penal nazi del ‘tipo normativo de autor’ (Tätertyp). Y enlaza con una tradición antigua y recurrente de despotismo penal inaugurada con los *crimina maiestatis*. Con la agravante de que aquél se ha perfeccionado mediante su abierta identificación con el esquema de la guerra, que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar”. FERRAJOLI, Luigi, en *JD*, 2006, p. 4.

⁵²⁰ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 47.

⁵²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 95.

⁵²² Al respecto, dice FERRAJOLI: “[...] el esquema bélico del derecho penal del enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos; primeramente, en el modo de concebir el tipo penal, y, luego, en la concepción del juicio”. FERRAJOLI, Luigi, en *JD*, 2006, p. 6. También por ello, pone de manifiesto PRITTWITZ: “El derecho penal del enemigo no constituye un paso hacia la civilización de nuestras sociedades, sino hacia su militarización: inútil, innecesario, y por ello, seguramente, no deseable”. PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?”, Revisor: Juan Carlos Hortal Ibarra, en Mir Puig, Santiago/ Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier editorial, 2004, p. 119. Críticamente también se manifiesta FARALDO CABANA, Patricia, “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 310 y 311. En una aplicación práctica del problema, quizá no tan crítico con el Derecho penal del enemigo, señala SILVA SÁNCHEZ: “Quizá debiéramos aclararnos de una vez acerca de si, en el caso de ETA, nos hallamos ante una banda de delincuentes o ante un ejército enemigo. Si concluimos lo primero, mejor será que alejemos de nuestro vocabulario los términos de tregua y paz. Si nos inclinamos por lo segundo, convendría no escandalizarse ante una legislación penal antiterrorista que mostrara rasgos de un Derecho de guerra (de enemigos)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Tiempos de Derecho penal*,

Las consecuencias prácticas de ese pensamiento se han concretado por ejemplo en las reformas penales implementadas por EE.UU. tras el 11-S, que hacen uso de la retórica militar para justificar recortes a los derechos no sólo del terrorista o del enemigo, sino de todos los ciudadanos, aunque este tema será analizado con mayor profundidad en el capítulo cuarto.

Por lo dicho, cambiando su orientación anterior, ahora para JAKOBS el Derecho penal del enemigo presentaría como características el amplio adelantamiento de la punibilidad y estaría comprometido con la lucha contra determinadas categorías de delincuentes –terrorismo, crimen organizado, delincuencia económica y delincuencia sexual, así como los demás casos de criminalidad grave–, que, por no ofrecer seguridad cognitiva en lo relativo al respeto al ordenamiento jurídico, deberían ver recortadas sus garantías procesales⁵²³.

En toda su exposición JAKOBS deja claro que, en el modelo político-criminal propuesto, dependiendo de a quién se dirija, la pena poseerá sólo dos funciones: prevención general positiva e incapacitación. La primera, destinada exclusivamente a los considerados ciudadanos, se traduciría en el mensaje relativo a la reconstrucción del orden destruido por el delito y en la restauración de la confianza de la sociedad en la legislación⁵²⁴. Sin embargo, en lo relativo a los no-ciudadanos, JAKOBS no pretende que la pena tenga dichas finalidades, sino que en este caso la respuesta penal debe ser aplicada exclusivamente con el fin de la contención y neutralización del sujeto: para esos delincuentes, la pena simplemente representa la eficiencia a través de la segregación⁵²⁵. Se trata de alejar, por el mayor tiempo posible, a determinados seres humanos indeseables, considerados peligrosos por definiciones que no son nada transparentes y que no mantienen correlación alguna con investigaciones criminológicas concretas⁵²⁶, sino que se encuentran fuertemente

Montevideo, B de F, 2009, p. 147.

⁵²³ JAKOBS, Günther, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 58 y 59.

⁵²⁴ “[...] el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 23.

⁵²⁵ “En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 24.

⁵²⁶ Como pone de manifiesto críticamente PRITZWITZ: “JAKOBS está pensando en una vida en la que exista seguridad cognitiva, seguridad ésta que, a su juicio, únicamente, puede ser garantizada en un

vinculadas al rechazo de ciertas características personales, en un determinado contexto sociopolítico, legitimando lo que la doctrina denomina críticamente un Derecho penal de autor⁵²⁷.

Este discurso, que ya no es novedad, se renovó sin embargo por la combinación entre las nuevas demandas de protección y las características de la sociedad contemporánea. La flexibilidad, la liquidez y la necesidad de cambios frecuentes ahora tratan de relativizar los riesgos que la categorización de individuos peligrosos representa, para que cada vez con más facilidad el Estado tenga la autonomía para apuntar aquéllos que no quiere que estén en libertad⁵²⁸. Por ende, la punición surge, no como respuesta a la lesión de un bien jurídico determinado, sino como consecuencia de un delito cometido por una persona que se encuadra en un perfil que se rechaza y respecto de la cual se sostiene que, presuntamente, reincidirá.

JAKOBS considera abiertamente el adelantamiento de la punibilidad como una de las principales características de su teoría y admite su alejamiento de la prevención general cuando defiende que el objetivo de esa condena es solamente “la eliminación de un peligro”⁵²⁹. En otras palabras, no se procura sólo condenar el delito, sino, a través del alejamiento promovido por la pérdida de la libertad del sujeto, evitar actos que hipotéticamente podría cometer éste en el futuro. De la misma forma, aquéllos considerados como enemigos no lo serán porque hayan cometido un acto delictivo, sino por una expectativa de que puedan cometerlo otra

mundo en el que los conciudadanos no se aparten de forma sistemática del Derecho. En la medida en que los enemigos –por definición (!), y no porque así lo confirmen las investigaciones empíricas– se apartan constantemente del Derecho, una tal sociedad sólo puede (re-)construirse mediante la exclusión de los enemigos”. PRITTWITZ, Cornelius, *La política criminal en Europa*, 2004, p. 115.

⁵²⁷ Así, por ejemplo, dice Díez RIPOLLÉS: “Cuando uno se pregunta quiénes son esos individuos a los que se les quiere mantener al margen de la sociedad, se percibe todavía, aunque ya ocasionalmente, la retórica de la sociedad del riesgo, pero resulta evidente que estamos ya en un contexto distinto. [...] Se trata de la estructuración del derecho penal desde la persona del delincuente y no desde el hecho dañoso cometido, de una nueva y reforzada legitimación, en definitiva, del derecho penal de autor”. Díez RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, p. 21.

⁵²⁸ Véanse al respecto, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 94; MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, p. 94; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

⁵²⁹ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 40.

vez. Por esta razón el autor llega a afirmar que, para esos casos, la punición sería, en realidad, “una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena»”⁵³⁰.

La doctrina mayoritaria se posiciona sin embargo en contra de esta postura y pone de manifiesto los riesgos que el Derecho penal del enemigo presenta⁵³¹. Muchos autores están de acuerdo en que, entre otras consecuencias, puede conducir a un modelo de punitivismo gratuito, modelo que por lo demás ya empieza a percibirse en diversas legislaciones occidentales, expresado tanto a través de la aplicación excesiva de penas y la disminución de las garantías procesales, como también en la criminalización innecesaria de determinadas conductas, sea porque el delito ya estaba previsto en otro tipo penal, o porque la sanción debida a aquella acción podría partir de otra rama del ordenamiento jurídico⁵³². Y esa nueva

⁵³⁰ JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 43.

⁵³¹ Tiene razón MUÑOZ CONDE cuando señala: “Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolos más allá de lo que permite su carácter de *ultima ratio*, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el ‘enemigo’, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, 2005, pp. 82 y 83 (en el mismo sentido también ya en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002, pp. 118 y 119). También se manifiesta críticamente por ejemplo PRITTWITZ: “Lo que convierte a la propuesta elaborada por JAKOBS en algo peligroso e incomprensible es el hecho de que no existen estos «enemigos» –tal y como el autor los define–. Sin embargo, al mismo tiempo, resulta evidente que en la actualidad se observa en nuestra sociedad una tendencia especialmente poderosa a distinguir entre los buenos y los malos, esto es, entre los amigos y los enemigos”. PRITTWITZ, Cornelius, *La política criminal en Europa*, 2004, p. 118. Hay que tener en cuenta además, como pone de manifiesto ZAFFARONI: “Sin embargo, esta táctica de contención está destinada al fracaso, porque no reconoce que para los teóricos -y sobre todo para los prácticos- de la excepción, ésta siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, p. 157. En el mismo sentido, según GRACIA MARTÍN, “[e]l derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso”. GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, en *RGDP*, nº. 2, 2004, p. 26. Como también señala CANCIO MELIÁ, “[...] algunas de las decisiones normativas del derecho penal del enemigo no cumplen con los criterios de legitimidad que establece nuestro sistema jurídico (-constitucional)”. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *JD*, nº. 44, 2002, p. 21 (en el mismo sentido también en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 89 y ss.). En la misma línea se manifiesta FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 310 y ss.

⁵³² MUÑOZ CONDE, acertadamente, observa la instauración de un Derecho penal de autor en las más recientes reformas legales españolas, como veremos en el siguiente capítulo. MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, 2005, p. 38. En el mismo sentido, y en relación a las reformas legales contra el terrorismo en España, pone de manifiesto CANCIO MELIÁ que, a la vista de “[...] la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y

orientación, que se aleja de lo que se conoce como Derecho penal moderno, expone la democracia a ataques en sus propias estructuras, forzando su deconstrucción.

En cualquier caso, la teoría de JAKOBS es criticable incluso por las contradicciones que pueden observarse en su propia base. Así, como pone de manifiesto GRACIA MARTÍN, un Derecho solamente puede ser infringido por su destinatario –ciudadano– y si la pena que le será impuesta surgirá tras un proceso que analizará la conducta del mismo, dicho proceso precisará respetar las orientaciones del Estado de Derecho. En definitiva, se trata en todo caso de la imputación de responsabilidad por una acción, practicada por una “persona”, *en la medida en que la hipotética atribución del carácter de no persona solamente podría surgir después de la condena*⁵³³. Tal punto de vista supone desde luego un argumento de peso en contra de la idea de una posible convivencia entre un Derecho penal excepcional y una legislación dirigida a los ciudadanos.

Si observamos la realidad político-criminal de países que llevan la esencia del modelo propuesto por JAKOBS en su legislación, podremos ver que los recortes de garantías y la atribución de la etiqueta de enemigo recaen incluso sobre el mero sospechoso de haber realizado ciertas conductas antes de que se pruebe su responsabilidad. El tratamiento de los sospechosos de terrorismo por la legislación americana parece ser un ejemplo interesante para ilustrar esta cuestión: la simple

tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que «estar ahí» de algún modo, «formar parte» de alguna manera, «ser uno de ellos», aunque sólo sea de espíritu, es suficiente”. CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 101 y 102. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 305 y ss.

⁵³³ “[...] un Derecho sólo puede ser infringido por quien sea destinatario de sus normas y, como reconoce el discurso del Derecho penal del enemigo, sólo puede ser destinatario de una norma jurídica una *persona*. Por lo tanto, aquél que infringe reiteradamente y de modo permanente el Derecho (del ciudadano), tiene que ser por fuerza una *persona*. Ahora bien, para comprobar que el individuo en cuestión ha infringido realmente el Derecho del ciudadano habrá que someterle necesariamente a un proceso penal que obviamente también debe seguir las reglas del Derecho del ciudadano. Esto, sin embargo, significa que cuando el sujeto entra en el proceso lo hace con la condición de ciudadano, y, por lo tanto, que lo hace con todos sus derechos de ciudadano y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal del ciudadano, en particular por la garantía de la presunción de inocencia. Ahora bien, si en el proceso se obtiene la certeza de que el sujeto ha cometido la infracción, entonces lo que habrá de seguir a dicha comprobación no podrá ser nada distinto a las consecuencias jurídicas del Derecho del ciudadano, por ser éste el Derecho que ha infringido y conforme al cual se le ha juzgado”. GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, p. 29.

identificación de un individuo como parte de determinados grupos controlados por las fuerzas de seguridad o como “combatiente enemigo” es suficiente para que se minimicen sus derechos de defensa y se le someta a un juicio por un tribunal especial⁵³⁴. En España, donde el Derecho penal del enemigo también se hace presente como veremos en el capítulo cuarto, los condenados por terrorismo ostentan también la presunción de peligrosidad y de reincidencia, así que el Estado trata de limitar al máximo sus libertades a fin de restringir el supuesto potencial ofensivo de sujetos que en el caso concreto quizás no representen ninguna amenaza y que ni siquiera pueden intentar contradecir dicha presunción.

Desde esta realidad, la doctrina critica, y con razón, la dura clasificación de los sujetos enemigos como no personas en un Estado democrático, que por su propia definición no admite el tratamiento diferenciado entre miembros de una misma comunidad. Si dicha postura pasa a ser asumida por el poder público, no hay como no identificar en ese Estado muchos elementos autoritarios⁵³⁵.

En cualquier caso, tiene razón GRACIA MARTÍN cuando afirma que el concepto de “persona” utilizado por JAKOBS no parece referirse a la definición de ser humano, al cual se apegan las críticas doctrinales, sino a una condición mucho más cercana a una construcción normativa⁵³⁶, quizá, porque, como señala GRECO, para JAKOBS dicho término designa al sujeto cuyo comportamiento se desarrolla de acuerdo con la norma, lo que lo hace digno de confianza⁵³⁷.

⁵³⁴ Respecto de las consecuencias del 11-S para la legislación penal, apunta THAMAN: “El 13 de noviembre de 2001, el presidente Bush emitió un decreto en el que autorizaba la detención de personas que el presidente identificaba como «combatientes enemigos», y su enjuiciamiento por comisiones militares. Después de la invasión de Afganistán y la supuesta derrota del talibán, se ha transportado masas de prisioneros a la base naval de Guantánamo, en la isla de Cuba, que empezó a funcionar como campo de internamiento. [...] El gobierno mantuvo también que dado que la base de Guantánamo no está en el territorio de los Estados Unidos, los prisioneros no tienen la protección de *habeas corpus* para cuestionar la legalidad de su detención”. THAMAN, Stephen C., en *DPyC*, 2009, pp. 199 y 200.

⁵³⁵ “En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (*enemigos de la sociedad*) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, pp. 11 y 12 (la cursiva pertenece al original).

⁵³⁶ “El concepto de persona que utiliza Jakobs [...] está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien *no a todos*. En la lógica del discurso de Jakobs, el despojo de la condición de persona debe tener como consecuencia la aparición del hombre o del individuo humano como existencial”. GRACIA MARTÍN, Luis, en *RECPC*, 2005, p. 33 (la cursiva pertenece al original).

⁵³⁷ “*Persona*, en Jakobs, es un término técnico que designa al portador de un papel, esto es, aquel en cuyo comportamiento, conforme a la norma, se confía y se puede confiar”. GRECO, Luís, en *Derecho*

Pero aunque la teoría de JAKOBS no cuestione, en principio, la humanidad de determinados individuos ni busque desposeerlos de esa característica, hay que tener en cuenta que cualquier legislación, excepcional o común, se dirigirá siempre a seres humanos, y que una punición especialmente más severa, desvinculada de las estructuras que sostienen el Estado democrático, necesariamente no tratará al sujeto en cuestión dentro de lo aceptable para lo que se entiende por persona, sea enemiga o no del sistema⁵³⁸.

Tras el acercamiento realizado a estas propuestas, podemos ya afirmar que sin lugar a dudas las ideas en las que se basa el Derecho penal del enemigo no pueden ser consideradas, en realidad, innovadoras, porque, como ya hemos mencionado en páginas anteriores, la historia ha sostenido, en tiempos pasados, la categorización diferenciada de sujetos que, por la conveniencia de su tiempo, eran percibidos como no merecedores del mismo *status* social del ciudadano medio y que, por ello, debían ser alejados del ambiente común, por el bien de la comunidad⁵³⁹. Efectivamente, el punto crítico de dicha política siempre parecen haber sido las abstractas respuestas que ofrece para algunas cuestiones de gran trascendencia: a quiénes les toca el derecho de clasificar a los enemigos, quiénes deben recibir dicha clasificación y por qué.

penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, 2006, p. 1085 (la cursiva pertenece al original).

⁵³⁸ PRITTWITZ, por su parte, señala los riesgos sobre la clasificación de ciudadanos y no-ciudadanos, y ya que JAKOBS “no ha mostrado interés alguno por los individuos”, entiende que su teoría puede ser considerada “inhumana”. PRITTWITZ, Cornelius, *La política criminal en Europa*, 2004, p. 116.

⁵³⁹ La doctrina encuentra en la historia del Derecho penal la presencia del citado instituto, aunque recubierto de distintos argumentos y matices. Al respecto se manifiestan, entre otros, SCHEERER/ BÖHM/ VÍQUEZ: “El Derecho penal del enemigo comenzó ya al inicio del Derecho penal público. En Centroeuropa, por ejemplo, sus raíces se extienden hasta el Derecho penal de siervos y esclavos tanto de la antigüedad como de la alta Edad Media. Esto es, en el tratamiento que se dispensaba a los «no libres» y a los «no personas»”. SCHEERER, Sebastian/ BÖHM, María Laura/ VÍQUEZ, Karolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, V. 2, 2006, p. 924. En el mismo sentido, sostiene ZAFFARONI: “A lo largo de este largo curso de acontecimientos, la represión siempre se ejerció de modo diferente, según sus destinatarios fuesen *iguales* o *extraños*. Los iguales siempre merecieron otra consideración, salvo cuando fuesen políticos disidentes, supuesto en el que eran tratados como *extraños*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1122 (la cursiva pertenece al original). Este autor también se ha manifestado al respecto en otras ocasiones, como por ejemplo: “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos* o *daniños*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 2006, p. 11 (la cursiva pertenece al original).

Construir la imagen de lo disonante parece haber sido el empeño del sistema político durante mucho tiempo. Numerosos fueron los intelectuales que se dedicaron a identificar quiénes no encajan en el perfil de “sujeto de bien”. Aunque, en la medida en que los elementos que llevan a tal clasificación son variables, nadie puede tener certeza de que en el futuro no formará parte del grupo excluido⁵⁴⁰.

Como pone de manifiesto ZAFFARONI, el poder punitivo ya hace muchos siglos que defiende la emergencia, basada en las ideas de inseguridad y de amenaza de destrucción del grupo social, para alimentar políticas de prejuicio en contra de aquéllos que necesitan ser alejados para el mantenimiento del poder. El citado autor identifica este discurso ya en Platón y Protágoras, cuando se creía en la inferioridad del delincuente por su incapacidad de “acceder al mundo de las ideas”⁵⁴¹. Sin embargo, es a partir de la Edad Media cuando claramente se establece en la cultura europea la idea de la existencia de personajes inferiores en la escala jerárquica social⁵⁴².

En la Modernidad el argumento de la emergencia tiene continuidad, aunque bajo nuevos matices y lejos del discurso teocrático, manteniéndose la categorización de sujetos que deben ser alejados, dentro de las premisas y de los valores de este tiempo⁵⁴³.

En este sentido, la doctrina reconoce que el estado de excepción que se percibe en la contemporaneidad en diversas sociedades occidentales no demanda, necesariamente, la suspensión del Derecho, pero acepta dividir espacio con él. Y eso representa la convivencia en un mismo ordenamiento jurídico de normas acordes al

⁵⁴⁰ “Además, los marbetes han recaído sobre estereotipos muy diferentes, según la emergencia invocada, o sea, que la calidad de extraño se repartió con notoria arbitrariedad”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1125.

⁵⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1126.

⁵⁴² “Pero desde el restablecimiento del poder punitivo hace ocho siglos, toda teoría de pluralidad de derechos penales se basó en *emergencias*, o sea, en amenazas a la supervivencia misma de la sociedad, que asumían el carácter de *guerras* y, por ende, *reducían el derecho penal a derecho administrativo y las penas a coerción directa*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1126 (la cursiva pertenece al original).

⁵⁴³ “Con la modernidad, se dejaron de lado las teorizaciones basadas en discursos teocrático/biologistas. [...] Como el *extraño* no es *autoconsciente*, no comparte esa *segunda naturaleza*; por ende, no puede ser sometido a pena, porque no actúa con relevancia jurídica y no puede cometer un delito, sino sólo representar un peligro, como un animal fugado del zoológico. De allí sólo hay un paso para convertirlo en enemigo cuando sea *refractario*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 1127 (la cursiva pertenece al original).

Estado democrático y normas que socavan las bases del garantismo penal⁵⁴⁴. De hecho, la analizada teoría es el reflejo de lo que hoy se considera un Derecho penal en expansión⁵⁴⁵, ya que se dedica especialmente a la punibilidad, a la incapacitación y a la definición de los perfiles criminales que teóricamente aparentan ofrecer mayores riesgos para la sociedad y el orden jurídico.

De esa forma, como señala ZUGALDÍA ESPINAR⁵⁴⁶, la creciente tensión entre los principios de intervención mínima y las exigencias de máxima participación del Derecho penal en la vida social tiene como consecuencia la creación de legislaciones excepcionales para contener determinados perfiles de criminalidad a través de las cuales se establecen condiciones particularmente más severas, ética y constitucionalmente de difícil comprensión.

Al adoptar dichas medidas, la razón jurídica es sustituida por la razón de Estado, cuyos parámetros preventivo y represivo asumen postura distinta del garantismo penal, a través de los cuales se pasa a banalizar las bases democráticas, a despreciar los derechos fundamentales de los ciudadanos y a instrumentalizar la concepción del enemigo de acuerdo con la conveniencia política del momento.

Con este planteamiento, lo que parece es que la sociedad contemporánea habría generado contra sí misma, además de riesgos de dimensiones gigantescas, personajes con potencial destructivo aún mayor y más incontrolable y que, para contener tal amenaza, sería necesaria la construcción de una legislación tan sobredimensionada como lo son tales riesgos y agentes amenazadores⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ "Sin embargo, en nuestros días, el estado de excepción no es sólo una figura jurídica en la que el Derecho se suspende temporalmente, puede ser algo más, puede llegar a representar el paradigma de la posmodernidad en el que la excepción es la regla, un espacio en el que conviven el estado de naturaleza y el Derecho, la noche y el día". PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, "La legalización de la violencia fundadora del Derecho: la exclusión del derecho al amparo del propio Derecho", en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Lustel, 2010, pp. 235 y 236.

⁵⁴⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 61.

⁵⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?", en *CPC*, nº. 79, 2003, pp. 112 y 113.

⁵⁴⁷ Esta parece ser incluso una percepción común acerca del potencial ofensivo del delincuente, como pone de manifiesto PRITTWITZ: "Lo que yo observo (sic) son gritos de batalla cada día más intensos, más hostiles, es una percepción de inferioridad de la sociedad civil y del Estado de Derecho junto con una convicción irracional de la superioridad de nuestros «enemigos»". PRITTWITZ, Cornelius, "La desigual competencia entre seguridad y libertad", trad. Gustavo Chan Mora, en *RGDP*, nº. 7, 2007, pp. 2 y 3.

Lamentablemente, los planteamientos teóricos que hemos analizado fueron materializados por la legislación española del siglo XXI. Específicamente en lo tocante al terrorismo –el sector de la criminalidad que más viene sintiendo el peso del puño Estatal–, el exceso de punitivismo en contra de estos supuestos parece sólo explicarse por medio del Derecho penal del enemigo. Al respecto, nos dedicaremos a este análisis en el capítulo cuarto.

CAPÍTULO TERCERO:

MERCADO Y PODER

I. DEL *WELFARE* AL *WORKFARE*

Hasta aquí, hemos procurado realizar un breve repaso de las teorías de la pena desde Beccaria, pero no como un estudio, en sí, de dichas teorías, tema que daría ya para varias tesis doctorales, sino como un instrumento para comprobar nuestra hipótesis. En efecto, de lo que se trata ahora es de mirar detrás de ellas, de analizar si las diferentes propuestas, especialmente tras la II Guerra Mundial, estaban influenciadas, y de qué manera, por la situación económica y por la creciente influencia del mercado.

A. BIENESTAR SOCIAL Y SU DECADENCIA

En efecto, la crisis en que se encuentran los fines de la pena y la falta de consenso doctrinal respecto del modelo sancionador más adecuado para los tiempos actuales, en combinación con el exceso de punitivismo presente en el pensamiento contemporáneo penal y social, nos llevan a reflexionar sobre el camino que hemos recorrido hasta llegar aquí. Nos interesa, en especial, comenzar este análisis con una mirada retrospectiva al contexto socio-económico en que se desplegaron las frustraciones ante la rehabilitación, sobre todo porque la intolerancia que poco a poco se concreta en el seno de la sociedad contemporánea parece ser la consecuencia de procesos mucho más complejos que la mera constatación de que las tasas de criminalidad no descendían tal y como se creyó posible que descendieran en la época del auge de la idea de resocialización.

No tenemos la intención de alejarnos demasiado de los análisis jurídicos de la pena; sin embargo, en nuestra opinión una conclusión clara y objetiva acerca de esta materia necesita construirse sobre los diversos matices que la sociología, la

economía y la filosofía aportan al debate. Sobre todo porque entendemos que la punición no surge abstractamente dentro del universo jurídico, sino a consecuencia de los más diversos intereses relativos al control social, los cuales terminan siendo analizados no sólo por los juristas, sino también por académicos de diversas áreas de conocimiento.

Para empezar el análisis de tales planteamientos, es necesario volver hasta los años 50 cuando, superada la II Guerra Mundial, los procesos que conducirían a un modelo social menos desigual, iniciados a principios del siglo XX y abandonados por los gobiernos totalitarios, vuelven a las pautas políticas ahora con mucha más fuerza, y se establecen bajo la idea del Estado de bienestar (*welfare*).

A través de ese nuevo paradigma se procuró abrir camino a la participación e intervención del Estado en las relaciones económicas y sociales con el fin de equilibrar la convivencia no sólo a través de la inclusión y de la satisfacción de los intereses económicos del individuo, sino también posibilitando la materialización de sus derechos fundamentales al fomentar y facilitar la participación de todos en el disfrute de los derechos proporcionados por aquella nueva realidad⁵⁴⁸.

Este modelo social pudo implementarse porque la lógica económica basada en el pensamiento keynesiano favorecía el desarrollo de la producción y generalizaba la capacidad de consumo, lo que retroalimentaba el sistema generando más demanda, más producción y más ganancias para quienes detentaban el poder productivo⁵⁴⁹. Realidad compleja, necesariamente vinculada a la lógica capitalista, que no tardó en ponerse en contradicción con la naturaleza del propio Estado.

En efecto, fueron características de esa fase las estabilidades financiera y laboral, que garantizaban la capacidad de consumo. Las líneas de producción y el

⁵⁴⁸ “Las bases de legitimación del Estado Social o Asistencial radicaban en la participación universal tendente a la formación de la voluntad política y en la posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clase, de las prestaciones y servicios del Estado”. SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, “Efectos de la crisis del *Welfare State* en el ordenamiento jurídico penal”, en *RGDP*, nº. 4, 2005, pp. 2 y 3.

⁵⁴⁹ “Esta lógica de la inclusión presidió las formas jurídico-políticas y socioeconómicas de ese específico período del s. XX. Informó el modelo del Estado Social, en el que la institución estatal asumió el compromiso de desarrollo de políticas enderezadas a la remoción de los obstáculos interpuestos a la participación en la vida colectiva. Pero también orientó las políticas económicas, tanto las lógicas keynesianas de impulso de la demanda cuanto los fundamentos del Estado de Bienestar, preordenado a la satisfacción de necesidades básicas pensadas en clave sustancialmente socioeconómica”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La gestión de la exclusión social por parte del sistema penal en el tiempo contemporáneo. Nuevas epistemologías para un análisis socioeconómico del sistema”, en *RPP*, nº. 154, 2013, p. 3.

trabajo fabril favorecían la conciencia de clase y de organización⁵⁵⁰, mientras que las familias, en general igualmente equilibradas dentro de un formato conservador, tenían a la mujer en casa como apoyo para los hijos. De esa forma, la idea de colegialidad en las empresas, por parte de los hombres, y de vida comunitaria y beneficencia, por parte de las mujeres, generaba la conciencia de colectividad y cooperación⁵⁵¹. Y como los ingresos eran directamente proporcionales a la productividad, la sociedad estaba convencida de que la prosperidad económica familiar era controlable por cada uno⁵⁵².

Por su parte, el Estado, percibido como un ente organizador y proveedor, se encargaba de ofrecer a la población servicios fundamentales como educación, vivienda, salud y jubilación⁵⁵³, en una dimensión que sugería una cierta distribución de renta en favor de las clases menos favorecidas⁵⁵⁴, lo que, de alguna forma, sostenía la armonía de una sociedad de clases y contenía probables insatisfacciones de quienes tenían menos. La adquisición de bienes de consumo disminuía las diferencias que podrían alejar unas clases sociales de otras e incentivaba el desarrollo de nuevos mercados, la producción industrial, el pleno empleo, la

⁵⁵⁰ “El *fordismo*, como cultura social, se generó en un modo de producción centrado en el obrero de fábrica. La disciplina de la fábrica se trasladó y se extendió al tejido social”. BERGALLI, Roberto, “Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”, en *Sistema*, nº. 160, 2001, p. 111.

⁵⁵¹ Dice YOUNG: “La Edad de Oro era una época en la cual los dos sectores gemelos de la sociedad, el trabajo y la familia, encajaban juntos como un sueño funcionalista: el sitio de la producción y el sitio del consumo, una dualidad keynesiana de suministro y demanda, ambos dependientes el uno del otro, pero subrayada por una aceptada división del trabajo entre los sexos y todo profundamente asegurado por la siempre creciente garantía de riqueza”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 13. Y añade SERRANO-PIEDCASAS: “Una primera fase de expansión del Estado Social, se corresponde con el nivel más alto de reivindicación y organización de la clase trabajadora, así como con un espectacular crecimiento económico en los países altamente industrializados. Es la fase de mayor desarrollo democrático que marca el auge de la social democracia”. SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón, en *RGDP*, 2005, p. 7.

⁵⁵² RIVERA BEIRAS, Iñaki/ NICOLÁS LAZO, Gemma, “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 224.

⁵⁵³ GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, *Breve historia del Siglo XX*, Barcelona, Debolsillo, 2004, p. 419.

⁵⁵⁴ Al respecto, señala SERRANO-PIEDCASAS: “El excedente económico permitió una relativa y beneficiosa redistribución de la renta a favor de las clases trabajadoras, lo cual permite cuestionar el papel revolucionario de la lucha de clases y quitar la importancia debida a la ley del valor y su potencialidad reproductiva”. SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón, en *RGDP*, 2005, p. 7. En el mismo sentido, agregan RIVERA BEIRAS y NICOLÁS LAZO: “[...] «la vida segura», el trabajo hasta la jubilación, la aspiración por «colocar en la fábrica» a los hijos y seres queridos, todo ello iba construyendo una particular «ética del trabajo» y un auténtico «estilo de vida» que coadyuvaba al nacimiento de una verdadera «conciencia de clase». RIVERA BEIRAS, Iñaki/ NICOLÁS LAZO, Gemma, en *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 224.

recaudación de impuestos y su reinversión en aún más beneficios para la colectividad⁵⁵⁵.

El contexto político en que se desarrolló el bienestar permitió la expansión del modelo social hasta el universo jurídico-penal, al cual se refiere GARLAND con el término *penal welfare*, como vimos en el capítulo anterior al analizar la resocialización⁵⁵⁶. De todas formas, sin querer volver a un tema ya analizado, es importante poner de relieve que la atmosfera optimista de ese particular momento histórico favorecía la idea de la inclusión y de la capacidad y responsabilidad del Estado en orden a solucionar los males de la comunidad. Cultura sostenida por el consenso acerca del uso de recursos públicos en favor de la rehabilitación de los delincuentes y que, combinada con la energía política en esa dirección, entre otras razones, facilitó la implantación del modelo resocializador.

Evidentemente, los paradigmas del welfarismo penal seguían los mismos marcos sociopolíticos del bienestar y, por lo tanto, estaban comprometidos con los criterios de inclusión de los delincuentes y con la minimización de los elementos criminógenos que fomentaban la realización del delito⁵⁵⁷. Y se apoyaban en la

⁵⁵⁵ “Por primera vez, las masas pudieron imitar a los ricos pasando parte de su riqueza acumulada a sus descendientes, no bajo la forma de herencias y propiedades, sino como mensualidades y dinero para gastar. Esto, junto con los ingresos por empleos de tiempo parcial, abrió un nuevo e importante mercado que se expandió rápidamente en los años sesenta”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 144. Y continúa el autor: “En estas décadas surgió un nuevo y amplio sector público que proveía trabajo social y servicios sociales, atención de la salud, asistencia a los niños, educación y vivienda, así como también apoyo económico para quienes quedaban excluidos de la fuerza laboral. Esto, por supuesto, se financiaba con la recaudación impositiva y por tanto dependía de que el sector privado continuara generando riqueza y empleo”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 145.

⁵⁵⁶ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 71. Al respecto, dice el autor: “En el complejo penal-welfare, el ideal de rehabilitación no era sólo un elemento entre otros. Era más bien el principio organizador hegemónico, el marco intelectual y el sistema de valores que mantenía unida toda la estructura y la hacía (sic) inteligible para sus operadores”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 82.

⁵⁵⁷ “En ese marco, la lógica *welfarista* se compadecía con la narrativa cívica de la inclusión, esto es, el impulso de determinadas políticas de lucha contra los factores de marginación de determinados individuos o grupos sociales; un tipo de política, que caracterizó las relaciones entre élites, instituciones y grupos subordinados en una etapa de participación social de masas”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 27. Y continúa el autor: “[...] el Estado de Bienestar supuso un modelo de responsabilización y aseguramiento colectivos ante los riesgos de exclusión social que pudiesen afectar a los miembros de la comunidad”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 54. Por ello, también YOUNG afirma: “[...] el papel del Estado del bienestar es asimilar al desviado, desde las zonas

participación de las más diversas instancias informales de control social presentes en la comunidad, las cuales hacían su parte en la gestión de individuos desviados o que podrían desviarse⁵⁵⁸.

Sin embargo, a pesar de todos los beneficios sociales ofrecidos por el *welfare*, no se puede ignorar que en realidad el Estado estaba más comprometido con la gestión social en favor de la producción, que con la formación de las individualidades de cada ciudadano, consecuencia del propio modelo económico en el que estaban inmersas las sociedades desarrolladas. La participación del poder político en la promoción de los intereses del mercado, más que favorecer a la colectividad, incentivaba los negocios y su relación con la fuerza productiva, aunque el individuo se reconociese a sí mismo como sujeto activo de las decisiones políticas y objeto de interés del poder público.

Hay que tener en cuenta además que el optimismo económico de la sociedad industrial vino de la mano del crecimiento de una nueva fuerza que en el futuro iba a subvertir la lógica relación entre el ciudadano, el Estado y el mercado. En efecto, las grandes compañías que se volverían gigantes, que absorberían o destrozarían los negocios locales y que ejercerían influencia en ámbitos transnacionales, empiezan a hundir sus raíces en el sistema, raíces que se harían más profundas con el paso del tiempo. A partir de ahí, se establecen las condiciones ideales para que se pueda trabar una compleja relación entre el capital y el interés político en ámbitos no sólo

límitrofes al cuerpo principal de la sociedad". YOUNG, Jock, *La sociedad 'excluyente'. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 16.

⁵⁵⁸ "Las prácticas penales *welfaristas* dependían de la alta capacidad de las sociedades occidentales del s. XX de generar mecanismos informales de control social, sustentados en instituciones entonces consolidadas, como las familias, las comunidades locales, las escuelas o los centros de trabajo. Todas estas instituciones contribuían a facilitar las prácticas *welfaristas* de control y normalización de los *desviados*, en una etapa de tasas de criminalidad en general limitadas". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 27 (la cursiva pertenece al original). Respecto a este tema, tiene razón BRANDARIZ GARCÍA cuando sostiene que estos agentes de control, en la actualidad, se muestran inexistentes o extremadamente débiles para ejercer la influencia de entonces, de modo que este modelo punitivo *welfarista* parece hoy imposible de sostener en el escenario contemporáneo: "Estas circunstancias están ausentes en la actualidad. La crisis de esas instituciones sociales ha supuesto un notable menoscabo de su capacidad de control informal. Junto a ello, un sector de la literatura ha destacado que el modelo reintegrador quiebra por su ineficacia, manifestada en el crecimiento de las tasas de criminalidad en multitud de países, lo que generó una mayor implicación colectiva en la materia, y la consiguiente demanda de punitividad. Sin perjuicio de que la relevancia de los incrementos de la delincuencia haya sido puesta en cuestión, parece escasamente viable la pervivencia del modelo punitivo *welfarista* sin el complemento de importantes niveles de control social informal". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 28.

regionales, sino también nacionales e incluso supranacionales, lo que en el futuro permearía todas las actividades económicas y, para bien o para mal, atravesaría los principales intereses del Estado y de los sujetos que forman parte de él.

Como la economía y el mercado pasan a orientar las principales decisiones políticas, equivocadamente podría deducirse que lo que favorece el crecimiento de esos agentes favorecería indirectamente al ciudadano (más negocios, más consumo, pleno empleo). Idea que legitimaría al Estado para actuar selectivamente de acuerdo con lo que más interesa al poder económico, lo que no sólo resultaría en perjuicios para los intereses de los ciudadanos, cuando fuesen contrapuestos a los intereses del mercado, sino que también llevaría al propio Estado a establecer políticas de inclusión y exclusión de los sujetos que servirían mejor o peor al sistema.

Siguiendo esa línea de planteamiento, parece relevante la perspectiva sostenida por HARVEY, cuando afirma que “el dinero es una forma de poder social de la que se pueden apropiar personas privadas”⁵⁵⁹.

Si, para garantizar su permanencia en el juego, el capitalista necesita alejar eventuales competencias, es necesario que se fortalezca a través de reinversiones periódicas de sus ganancias y de la ocupación de nuevos espacios. Más que una necesidad económica, es una obligación estratégica para seguir activo en el mercado⁵⁶⁰.

La consecuencia es que los procesos de acumulación se vuelven más complejos y dominantes, y menos apegados a restricciones legales o morales y, además, ilustran un acercamiento extremo entre los poderes económico y político, cuyas fuerzas no se contradicen, sino que se complementan y alimentan mutuamente⁵⁶¹. Prueba de ello es que los esfuerzos para la disminución de las

⁵⁵⁹ “El dinero es una forma de poder social de la que se pueden apropiar personas privadas. Además es una forma de poder social que no tiene ningún límite intrínseco”. HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, trad. Juanmari Madariaga, Madrid, Akal, 2012, p. 43.

⁵⁶⁰ “Si un capitalista no reinvierte y se expande mientras algún rival sí lo hace, es probable que al cabo de un tiempo quede fuera del negocio. Cada uno tiene que proteger y expandir su cuota de mercado, tiene que reinvertir para seguir siendo un capitalista”. HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 43.

⁵⁶¹ “La relación entre el Estado-gobierno y la economía es una relación compleja y contradictoria. Pese a la retórica liberal, no existe una oposición excluyente entre economía y política ya que el capitalismo, y su mecanismo esencial de asignación de recursos que es el mercado, ha requerido siempre de la acción del Estado. Éste no sólo provee del marco jurídico e institucional general para la operación del capital, sino que funciona a favor de la lógica de su valorización y acumulación. Los

inversiones y de los gastos laborales, como también del aumento de las ganancias, no son moderados ante la posibilidad de utilización de mano de obra ilegal directa o indirectamente (sea a través de la contratación de empresas externas, sea por la transferencia de la producción hacia zonas geográficas que permitan el uso de fuerza laboral considerada ilegal en los países desarrollados, como inmigrantes clandestinos, niños, esclavos, prisioneros, etc.), como tampoco se observa un movimiento significativo de parte del Estado dirigido a controlar la circulación de artículos provenientes de mercados productores abiertamente favorables a la explotación de seres humanos. El poder económico no se retrae ante los coqueteos políticos con promesas de facilitarle cualquier relación comercial con el Estado o con organizaciones internacionales, como tampoco suele alejarse de negociaciones ilícitas, incluso con agentes relacionados con escándalos de corrupción o flujos monetarios ilegales⁵⁶².

Desde esta perspectiva, se puede apreciar que el poder público, en general, no evita relaciones con el mercado, ni siquiera se opone a su crecimiento, sino que, muchas veces, colabora con (e incluso se beneficia de) políticas económicas que favorecen al capital. La contaminación de las estructuras estatales por el sistema económico también se evidencia a través de la cada vez más frecuente ocupación

gobiernos no crean leyes que se contrapongan a las propias pautas generales de funcionamiento del capitalismo. En consecuencia, la intervención del Estado en la economía a través de las políticas económicas ni modifica el carácter capitalista del sistema, ni elimina las leyes fundamentales que caracterizan su dinámica. Es decir, no invalida la existencia de la competencia, de la ley de valor, ni las tendencias básicas de la rentabilidad y la acumulación". MARIÑA, Abelardo/ MATEO, Juan Pablo, "El sistema capitalista mundial y la crisis económica", en Mateo, Juan Pablo (Coord.), *Capitalismo en recesión. La crisis en el centro y la periferia de la economía mundial*, Madrid, Maia Ediciones, 2015, p. 79.

⁵⁶² Aunque sin ahondar en el tema, HARVEY pone de manifiesto la relevancia de las actividades ilegales en los flujos de capital y entiende que las actividades provenientes del crimen no son periféricas, sino fundamentales en nuestro modelo económico. Al respecto, manifiesta el autor: "También hay, por triste que sea decirlo, muchas otras formas de acumular el poder social que otorga dinero: fraude, corrupción, bandidaje, robo, tráfico ilegal; pero me concentraré aquí principalmente en las formas legalmente sancionadas, aunque se puede argumentar muy seriamente que en el capitalismo las formas extralegales son fundamentales y no periféricas (los tres sectores mayores de comercio exterior mundial son las drogas, las armas ilegales y el tráfico de seres humanos)". HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 44. BERGALLI señala asimismo que, en el post-fordismo, la acumulación también es favorecida a través de la práctica de actividades ilegales, como venta de sustancias prohibidas, movimientos bancarios ilegales, corrupción, tráfico de personas y actividades clandestinas e ilegales promovidas en el ámbito empresarial. BERGALLI, Roberto, "Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía", en Muñoz Conde, Francisco/ Losano, Mario G. (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 71.

por sujetos tradicionalmente relacionados con el mercado, de plazas en actividades originariamente realizadas por la clase política, incluyendo mandatos electorales, al mismo tiempo que parece cada vez más común la prestación de servicios profesionales a grandes compañías por ex miembros del ejecutivo y legislativo, pasado el mandato para el que fueron elegidos (el fenómeno denominado “puertas giratorias”)⁵⁶³.

Desde la perspectiva empresarial, el natural proceso de expansión capitalista supone el abaratamiento de la producción y la movilidad, tanto respecto a los flujos de capital, como en lo que se refiere al dominio de la fuerza productiva. Ésta, debiendo ser lo menos costosa posible, lleva al mercado a transferir la producción hacia países donde sean más débiles las relaciones laborales y consecuentemente más barata la producción de la mercancía⁵⁶⁴. Realidad que evidencia la paradoja existente entre el modelo capitalista avanzado y el Estado social, que ahora asume el papel de obstáculo a la acumulación⁵⁶⁵.

La prosperidad y la opulencia de la época fordista, que inicialmente condujeron al aumento del consumo por parte del ciudadano, también enriquecieron a los agentes económicos y favorecieron nuevas investigaciones y

⁵⁶³ “La política dice no esconder secretos para banqueros, gerentes y empresarios. Los ejemplos sobran: Fox, presidente de México entre 2000 y 2006, fue gerente de la Coca-Cola, un máximo activo; Berlusconi, en Italia, hoy caído en desgracia, se le considera un as en las finanzas, no olvidemos que a pesar de ser destituido logró aprobar los presupuestos para 2012; en Chile, su presidente, Sebastián Piñera, se presenta a la ciudadanía como un empresario con vocación de servicio público; en Brasil, Lula da Silva llevó como vicepresidente a un distinguido empresario, José Alencar, miembro de una iglesia evangélica y perteneciente a un partido conservador tradicionalista. Igualmente, en Estados Unidos, los elegidos para manejar la secretaria (sic) del Tesoro formaban parte del *establishment* del complejo financiero y fungían en calidad de asesores o miembros de sus consejos directivos”. ROITMAN ROSENMAN, Marcos, *Los indignados. El rescate de la política*, Madrid, Akal, 2012, pp. 68 y 69.

⁵⁶⁴ “Dado que la escasez de mano de obra es siempre un fenómeno local, la movilidad geográfica del capital o del trabajo (o de ambos) resulta vital para regular la dinámica de los mercados laborales locales”. HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 57. Y continúa el autor: “Desde mediados de la década de los sesenta, las innovaciones en la tecnología del transporte facilitaron el traslado de la producción a lugares con bajos salarios y organizaciones obreras débiles. Durante las últimas décadas, [...] desplazamientos gigantescos en la actividad productiva han alterado radicalmente el funcionamiento de los mercados laborales, comparando con el prevaleciente hasta 1970”. HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, pp. 58 y 59.

⁵⁶⁵ Como sostiene SERRANO-PIEDRAS, la crisis del Estado Social “[...] no supone, en el ámbito económico, un cambio en el modo de producción, sino más bien, la posible entrada en una nueva fase del capitalismo desarrollado. No obstante, llamémosla crisis o adecuación a las nuevas necesidades acumulativas, existen elementos suficientes como para sostener que el Estado Social o el *Welfare State* ha llegado a convertirse en una traba al proceso de acumulación del capital”. SERRANO-PIEDRAS, José Ramón, en *RGDP*, 2005, p. 2.

avances científicos. El desarrollo generado por la sociedad industrial impulsó la implantación de nuevas soluciones y herramientas como alternativas laborales, lo que resultó en la automatización tanto de las líneas de producción, como de la ejecución de muchos servicios⁵⁶⁶. Si el capitalismo generaba entre los ciudadanos el deseo y la posibilidad del consumo, a las empresas les generaba la necesidad de aumento de la rentabilidad, de la disminución de los costes, de la expansión territorial⁵⁶⁷.

Con el fin de facilitar tanto el aumento de la productividad, como la consecuente acumulación de la plusvalía⁵⁶⁸, el nuevo proceso económico se pone en práctica a través no sólo de recortes en los beneficios y servicios públicos dirigidos a los ciudadanos, sino también por medio de la transferencia de las inversiones del Estado en dirección al mercado⁵⁶⁹.

Esas reconfiguraciones corporativas y políticas afectaron a toda la cadena productiva, lo que condujo a la reducción de derechos laborales y al desempleo⁵⁷⁰, rebajando la media salarial⁵⁷¹. La precariedad en la que se encontraba sumida la

⁵⁶⁶ “La paulatina ocupación de áreas productivas por unos métodos cibernéticos, generó la inmediata sustitución de la fuerza-trabajo por la robótica, con lo cual se aceleró el abandono de actividades industriales tradicionales”. BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 67. Al instalarse la crisis del *welfare*, las transformaciones en el mercado laboral son agudas y excluyentes. Al respecto, GARLAND, añade que “[...] la manufactura industrial se volvió más sofisticada tecnológicamente e intensiva en cuanto a la inversión de capital, lo que trajo aparejado menos empleo y una demanda de fuerzas laborales más cualificadas”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 146.

⁵⁶⁷ “Con el fin de sobrevivir, las empresas deben competir con éxito con otras. Las empresas que innovan, reducen sus costes de producción y aumentan su productividad, pueden superar a sus rivales, aumentar sus beneficios y expandirse a costa de otras empresas. Todas las empresas hacen frente a estas presiones competitivas y, por lo tanto, todas las empresas están obligadas a buscar innovaciones de un tipo u otro con el fin de sobrevivir. La incansable búsqueda de beneficios resultante produce ese llamativo dinamismo del capitalismo a diferencia de todas las formas anteriores de organización económica”. WRIGHT, Erik Olin, *Construyendo utopías reales*, trad. Ramón Cotarelo, Madrid, Akal, 2010, p. 51.

⁵⁶⁸ “Las consecuencias de este proceso son dobles: en primer lugar, el Estado debe potenciar, en perjuicio de su función de legitimación social del sistema, la acumulación del plusvalor; en segundo lugar, y efecto directo de esa obligada opción, la intervención del Estado Social debe canalizarse a través de la inversión social, financiación de proyectos y servicios que posibiliten un aumento de la productividad, en detrimento del consumo social, proyectos que abaraten el coste de la reproducción del trabajo”. SERRANO-PIEDRAS, José Ramón, en *RGDP*, 2005, p. 2.

⁵⁶⁹ Recientemente, y como consecuencia de la última crisis económica mundial, el flujo de capital proveniente del Estado en dirección al mercado ha llegado al extremo de restringir beneficios sociales o de aumentar determinados impuestos para recuperar instituciones financieras privadas en estado de quiebra o para reparar los perjuicios causados en las cuentas públicas como consecuencia de la corrupción.

⁵⁷⁰ BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, pp. 64 y 65.

⁵⁷¹ MORRIS, Martina/ WESTERN, Bruce, “Inequality in earnings at the close of the Twentieth Century”,

fuerza productiva colaboró en la creación de bolsas de sujetos ahora mantenidos en los márgenes de la sociedad, imposibilitados de participar en la cultura del consumo. Dentro de una sociedad funcional donde todos deben ejercer sus papeles, esos individuos residuales del mercado son emplazados en una posición precaria de “inseguridad existencial”⁵⁷². Convencidos de que sólo la ecuación trabajo-exito-consumo podrá de alguna forma moverles de allí, creen en el discurso dominante orientado a hacer al ciudadano temer el desempleo y vender su fuerza de trabajo por el dinero que consiga. Las contradicciones del capitalismo se vuelven cada vez más evidentes. Prosperidad, crecimiento, acumulación y oportunidades para unos; miseria, escasez y abismos sociales para otros⁵⁷³.

En efecto, lo que le importa al mercado es el sometimiento del individuo responsable de la producción a las reglas impuestas por quienes detentan el poder, lo que, en general, no suele beneficiarle⁵⁷⁴. Y la forma más adecuada para lograrlo es disponer de fuerza laboral abundante. Cuantos más sujetos están disponibles para el empleo, más precaria es la condición de todos; cuanto más grande es la demanda de consumo, mayores son el volumen de la producción y la necesidad de más fuerza productiva.

en *ARS*, V. 25, 1999, pp. 628-635.

⁵⁷² “El efecto social de este modelo resultó pavoroso, porque reemplazó una era de estabilidad laboral por la desocupación en masa, los empleos precarios y el debilitamiento de los derechos laborales. Millones de personas quedaron libradas a su suerte, conformando una masa de «superfluos», que, en adelante, sólo podrán obtener trabajo precario o informal, con ingresos ocasionales de subsistencia, sin retorno al sistema, y sin poder programar su futuro o afrontarlo sobre bases seguras. Esto es, por cierto, una *inseguridad existencial*, que afecta todos los aspectos de la vida privada y social, cuestión que se ha puesto al rojo vivo a resultas de la debacle interna de la economía de Estados Unidos, a fines de 2008. Como resultado, el porcentaje de personas que participan, *realmente*, de la vida económica, social y cultural del planeta, en condiciones cualitativas propias de este siglo, es cada vez más exigua e inestable”. ELBERT, Carlos A./ BALCARCE, Fabián I., *Exclusión y castigo en la sociedad global*, Montevideo, B de F, 2009, p. 25 (la cursiva pertenece al original).

⁵⁷³ “Por un lado, los movimientos globales del capital y la extensión de la explotación capitalista, el cambio tecnológico y la competencia por la maximización del beneficio a las regiones menos desarrolladas del mundo en algunos casos han posibilitado un rápido crecimiento y desarrollo, especialmente al final del siglo XX y comienzos del XXI en China e India. Por otro lado esos mismos procesos han producido también formas profundas y devastadoras de marginación y desesperada pobreza en varias partes del mundo”. WRIGHT, Erik Olin, *Construyendo utopías reales*, 2010, p. 60.

⁵⁷⁴ “Cuando pensamos en la lucha de clases, nuestra imaginación evoca con demasiada frecuencia la figura del obrero que lucha contra la explotación del capital; pero en el proceso del trabajo (como en otros casos) la lucha se desarrolla realmente en sentido contrario: es el capital el que tiene que esforzarse por someter a los trabajadores allí donde son potencialmente todopoderosos y, para lograrlo, se vale de la organización de las relaciones sociales en la fábrica, en los campos, oficinas e instituciones y mediante las redes de transporte y comunicaciones”. HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 90.

La naturaleza acumulativa del capitalismo lo lleva a reinventar las necesidades de consumo, a encontrar nuevos consumidores, a convertir en obsoletos los productos ya adquiridos y generalizar la producción. En esta dirección, los medios de comunicación y la publicidad ejercen papeles fundamentales, con el fin de convencer al individuo tanto respecto a las novedades imprescindibles para su vida, lo nuevo que necesita para poder alcanzar la deseada felicidad⁵⁷⁵, como también de las nuevas amenazas, nuevos riesgos, lo que no se debe temer, lo que se debe desear.

El dominio de nuevos mercados contribuyó por otro lado a que las grandes corporaciones ya no se dediquen a explotar un producto específico o productos específicos del mismo sector económico, sino a expandir su participación a sectores diversos. La creación de una afinidad cultural internacional y la consecuente debilitación de identidades regionales facilitaron la aceptación universal de nuevas mercancías, como también la unificación de la producción, la producción a mayor escala y un mayor volumen de ganancia. Era necesaria la quiebra de las fronteras geopolíticas para que la expansión económica de esos agentes pudiera concretarse, para que los mercados se convirtieran en uno solo⁵⁷⁶, lo que de alguna manera se volvió más fácil por lo débil que se encontraba la propia idea del Estado-nación a finales del siglo XX⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ "Con el fin de condicionar y manipular las carencias, necesidades y deseos de las poblaciones humanas y asegurar un mercado potencial, se ha empleado un inmenso esfuerzo, incluida la formación de un vasto sector publicitario, pero está en juego algo más que la publicidad; lo que se requiere es la creación de condiciones de la vida cotidiana que requieran la absorción de determinado conjunto de bienes y servicios a fin de sostenerla". HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 93. Y continúa el autor: "El perpetuo surgimiento de nuevas necesidades es una condición crucial para la continuidad de la expansión sin fin de la acumulación de capital. Ahí es donde aparecen en escena las tecnologías y políticas de la creación de nuevas necesidades, como espolón de la acumulación sostenible". HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, 2012, p. 94.

⁵⁷⁶ "Al caer las fronteras nacionales, el mercado mundial se libera del tipo de divisiones binarias que habían impuesto los Estados-Nación y en ese nuevo espacio libre aparece una miríada de diferencias. Por supuesto que estas diferencias no se mueven libremente a través de un espacio global uniforme, sino que están rigurosamente organizadas dentro de las redes globales del poder constituidas por estructuras en alto grado diferenciadas y móviles". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Paidós, 2002, p. 147.

⁵⁷⁷ "Las enormes empresas transnacionales construyen el tejido conectivo fundamental del mundo biopolítico en muchos sentidos importantes. En realidad, el capital siempre se organizó con vistas a extenderse a toda la esfera global, pero sólo en la segunda mitad del siglo XX, las grandes empresas industriales y financieras, multinacionales y transnacionales comenzaron realmente a estructurar biopolíticamente los territorios del globo". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 45.

La expansión de empresas hacia nuevos territorios desequilibró a las compañías locales, que tuvieron que adaptarse a un nuevo tipo de competencia. De esa forma, la aceleración del proceso de globalización en los años ochenta favoreció el desplazamiento del capital tanto regional, como internacionalmente, en perjuicio de la preservación de diversas compañías hasta entonces consolidadas en sus regiones. Por otro lado, favoreció el surgimiento y el crecimiento de empresas de menor porte que pasaron a alcanzar visibilidad internacional, lo que llevó al desarrollo sorprendente de nuevos centros productivos y convirtió en millonarios a jóvenes actuantes en los mercados de la tecnología de la información y de las comunicaciones.

Al respecto, es importante poner de relieve que hoy en día al capital ya no le interesan exclusivamente las enormes empresas multinacionales, sino también las microcompañías con gran potencial de dominación, en especial aquéllas que se dedican a convertir al consumidor en proveedor voluntario de contenido digital, lo cual permite ofrecer, sea al Estado, sea al capital, los más íntimos detalles acerca de la vida, de los intereses y de las convicciones de los individuos participantes en ese universo. Esa realidad nos muestra un nuevo momento en el desarrollo del capitalismo: el de la conversión de la información en mercancía, consecuencia de las nuevas tecnologías y de los consiguientes cambios en el comportamiento social.

Por todo ello, el nuevo modelo económico que poco a poco se fue estableciendo quebró los paradigmas del *welfare*, transformó el modelo familiar y convirtió el trabajo fijo, estable y colectivo en flexible, inestable y fragmentario⁵⁷⁸, modificó y desregularizó las relaciones laborales⁵⁷⁹, y promovió nuevas formas de acumulación de capitales (incluso a través de las especulaciones financiera e inmobiliaria, y no ya de la relación trabajo-productividad).

Naturalmente, todo ese desmantelamiento socioeconómico condujo a transformaciones en el comportamiento social⁵⁸⁰. Ahora ya no había tanta satisfacción, equilibrio y tranquilidad como a principios de los años cincuenta del

⁵⁷⁸ MORRIS, Martina/ WESTERN, Bruce, en *ARS*, 1999, p. 636; RIVERA BEIRAS, Iñaki/ NICOLÁS LAZO, Gemma, en *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 226.

⁵⁷⁹ “[...] el *post-fordismo* se configuró como la necesaria pareja de la post-industrialización”. BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 67.

⁵⁸⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007, p. 58.

siglo XX, sino la “necesidad darwiniana”⁵⁸¹ de lucha por la preservación individual y por el alejamiento de quienes rompen con el orden e interrumpen el flujo productivo del sistema. Como las condiciones de trabajo y remuneración se precarizaron, aquéllos que permanecieron empleados necesitaban proteger la renta familiar, mientras que los que perdieron su empleo en medio de la crisis luchaban para restablecerse, aunque en un *status* inferior. Y ése fue el primer paso para que aquella sociedad proteccionista y solidaria diese lugar a una nueva cultura excluyente e intolerante.

Desde esa realidad, la percepción por parte del ciudadano respecto al compromiso del Estado en el proveimiento de sus necesidades más básicas alejó su atención de los movimientos en favor de los beneficios colectivos, haciéndole concentrarse en sus intereses personales. En los nuevos tiempos se notan mutaciones profundas en las masas, que pasan a convertirse en apáticas, descomprometidas y desinteresadas respecto a temas que fortalecen la inclusión y las grandes transformaciones en beneficio del cuerpo social, a diferencia de lo que ocurría en las décadas anteriores⁵⁸². La necesidad de movilizar a la colectividad es sustituida por la búsqueda de éxitos y logros individuales, por la conquista del consumo y de los placeres del momento, sin mucho compromiso con el futuro (“primacía del aquí y ahora”) ni mucho aprecio por el pasado⁵⁸³.

⁵⁸¹ “[...] el estado Keynesiano que fue el vehículo histórico de la solidaridad, y cuya misión fue contar los ciclos y efectos nocivos del comercio, para garantizar el 'bienestar' colectivo y reducir la desigualdad, es sucedido por un estado Darwiniano que hace un fetiche de la competencia y celebra la responsabilidad individual (cuyo efecto colateral es la irresponsabilidad colectiva), y que se encierra en sus funciones reales de 'ley y orden', estas mismas hipertrofiadas”. WACQUANT, Loïc, “The penalization of poverty and the rise of neo-liberalism”, en *EJCPR*, nº. 9, 2001, p. 405 (la traducción es nuestra).

⁵⁸² “Indiferencia no significa pasividad, resignación o mistificación, debemos romper definitivamente con esta cadena de identificaciones marxistas. El absentismo, las huelgas salvajes, el *turn over* demuestran que el desencanto en el trabajo corre a la par con las nuevas formas de combatividad y resistencia. El hombre cool no es ni el decadente pesimista de Nietzsche ni el trabajador oprimido de Marx, se parece más al telespectador probando por curiosidad uno tras otro los programas de la noche, al consumidor llenando su carrito, al que está de vacaciones dudoso entre unos días en las playas españolas y el camping en Córcega”. LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, trads. Joan Vinyoli/ Michèle Pédanx, 11ª. ed., Barcelona, Anagrama, 2012, p. 42.

⁵⁸³ “Al margen de las diversas interpretaciones propuestas, se impuso la idea de que se necesitaba una sociedad más heterogénea, más optativa, menos lastrada por las expectativas del futuro. Tras las concepciones entusiastas del progreso histórico aparecieron horizontes más cercanos, una temporalidad dominada por lo precario y lo efímero. Confundido con el descalabro de las construcciones voluntaristas del futuro y el triunfo paralelo de normas consumistas centradas en la

Por ello, la doctrina suele apreciar la existencia de una conexión entre los procesos de individualización y de despolitización por parte de la sociedad civil⁵⁸⁴. Pero este planteamiento parece correcto, precisamente, mientras el poder político sostenga las compensaciones dedicadas a minimizar los efectos de los desequilibrios entre los intereses sociales y capitalistas, pues, en la medida en que se reducen las intervenciones estatales y la colectividad empieza a darse cuenta del deterioro de algunos de sus derechos, las referidas reivindicaciones vuelven a los debates sociales, haciendo inevitable el enfrentamiento entre la sociedad civil, el Estado y el poder económico.

B. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. Medios de comunicación y mercado

Los procesos de despolitización a los que acabamos de referirnos también terminan por sufrir influencia de los medios de comunicación, cada día más encargados de gestionar el punto de vista de la población respecto a los temas públicos y de condenar o valorizar a los actores y los hechos que sean de interés del mercado destacar o llevar al olvido.

En ese sentido, existe un amplio consenso en la doctrina respecto a que los medios de comunicación ejercen un papel fundamental en el fomento de las

vida presente, el período posmoderno señalaba el advenimiento de una temporalidad social inédita, caracterizada por la primacía del aquí y ahora”. LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, 2012, pp. 53 y 54.

⁵⁸⁴ Para TEJERINA MONTAÑA, “[l]a privatización de la vida puede ir acompañada de una despolitización, cuando implica un alejamiento de los focos de discusión y decisión política, o su seguimiento a distancia. [...] La privatización y la despolitización son dos fenómenos complementarios, aunque no necesariamente coincidentes, de los procesos sociales y políticos que se han venido produciendo en las últimas décadas en las sociedades avanzadas”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, Madrid, Trotta, 2010, p. 208. BECK, por su parte, sostiene que es un proceso de individualismo institucionalizado, es decir, “[...] no se trata sólo de una forma de percepción del individuo, sino que se incluyen también unas instituciones esenciales a la sociedad moderna, como son, por ejemplo, la necesidad de desarrollar una biografía propia, o de ciertos postulados colectivos”. BECK, Ulrich, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Paidós, 2002, p. 66. Y continúa el autor: “La individualización significa, asimismo y por tanto, el surgimiento de una dinámica institucional que tiene como destinatario al individuo, y no al grupo. Lo que a su vez tiene como consecuencia que estamos liberados de los postulados tradicionales, como, por ejemplo, en cómo desempeñar los papeles hombre-mujer en la vida familiar”. BECK, Ulrich, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, 2002, p. 67.

demandas sociales en favor de un Derecho penal más severo y en la creación de perfiles y actitudes socialmente reprobadas⁵⁸⁵.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cómo el Derecho penal puede ser influenciado de este modo, necesitamos entender cómo funcionan los medios de comunicación, su relación con la economía y cómo ésta puede generar, promover y dirigir no solamente las “agenda-settings”⁵⁸⁶, sino también el contenido de los programas y productos de entretenimiento.

Los *mass media* surgieron para fomentar la pluralidad de la información, colaborar con la formación educacional y cultural de la población y estimular la libertad y la igualdad. Además, en los países democráticos deben fiscalizar el respeto a las bases constitucionales y promover la libertad de expresión y el libre desarrollo

⁵⁸⁵ Sobre la influencia de los medios de comunicación en la justicia penal, vid. REINER, Robert, “The media made criminality”, en Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert (Edits.), *The Oxford handbook of criminology*, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 189-231; ROXIN, Claus, “El proceso penal y los medios de comunicación”, en *RPJ*, 3ª. época, nº. 55, 1999, pp. 73-93; CUERDA RIEZU, Antonio, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, V. 1, 2001, pp. 187-207; DÍAZ PITA, María del Mar/ FARALDO CABANA, Patricia, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, en *RDPP*, nº. 7, 2002, pp. 119-149; SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La inseguridad, lema de campaña electoral”, en *JD*, nº. 45, 2002, pp. 3-8; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *JD*, nº. 47, 2003, pp. 6-11; GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, pp. 283 y 284; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *RECPC*, 2005, pp. 1-37; FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-51; SANZ MULAS, Nieves, “Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente”, en Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio/ Sanz Mulas, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, pp. 1-31; SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-46; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, pp. 65-79; BAUCELLS LLADÓS, Joan/ PERES-NETO, Luiz, “Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos”, en García Arán, Mercedes/ Botella Corral, Joan (Dirs.), *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 109-151; BOTELLA CORRAL, Joan, “Introducción”, en García Arán, Mercedes/ Botella Corral, Joan (Dirs.), *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 15-22; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, en *RCSP*, nº. 18, 2008, pp. 39-65; GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003”, en *RDPC*, 3ª. época, nº. 1, 2009, pp. 261-290; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos”, en Muñoz Conde, Francisco (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 177-195; VARONA GÓMEZ, Daniel, “Medios de comunicación y punitivismo”, en *InDret*, nº. 1, 2011, pp. 1-34; SCHEERER, Sebastian, “El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal”, en *RDPC*, nº. 8, 2012, pp. 403-410.

⁵⁸⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, p. 264.

de las ideas⁵⁸⁷, así como seguir la marcha de las actividades legislativas, judiciales y ejecutivas, garantizando la transparencia de los actos públicos y el cumplimiento de los ideales democráticos⁵⁸⁸.

La formación de ideas proporcionada por los medios es fundamental para que el pueblo pueda ejercer sus derechos políticos y elegir sus representantes con más confianza y esclarecimiento⁵⁸⁹. En otras palabras, no basta con que la sociedad tenga el poder de elegir a sus representantes a través del sufragio, sino que es preciso además abastecerse de informaciones para decidir con conocimiento y con criterios bien contruidos⁵⁹⁰.

Aunque para satisfacer tal responsabilidad los medios de comunicación deban ser permeados de libertad política y económica, la gran barrera para que los

⁵⁸⁷ SÁ, Alexandre, "Media, mass media, novos media e a crise da cidadania", en *BOCC*, 2002, <url: goo.gl/DVaAOR>, consultado el 29/05/2015, p. 3.

⁵⁸⁸ HULSMAN, Louk/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Luam, 1997, p. 57. Además, como pone de manifiesto SÁ, "(e)s la propia comunicación la que forma a los ciudadanos como tales, enraizando en ellos el hábito de participar en discusiones cívicas, de votar, de pensar y de argumentar como si fueran ellos mismos gobernantes o parlamentarios". SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, p. 4 (la traducción es nuestra).

⁵⁸⁹ Como la audiencia masiva a medios de comunicación limitados facilita la manipulación de la opinión pública y la imposición de puntos de vista, según BOURDIEU, aquellos individuos que no tienen la posibilidad o el interés de buscar nuevas fuentes de información, terminan con su "bagaje político" limitado, limitando también sus posibilidades de ejercicio de sus derechos democráticos. BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997, p. 23.

⁵⁹⁰ En España, la Exposición de Motivos de la Ley 10/1998, de 3 de mayo, de Regulación para la televisión privada consideraba su finalidad "[...] la de satisfacer el interés de los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, a la formación de una opinión pública libre y a la extensión de la cultura", de forma que "la televisión privada sirva para ensanchar las posibilidades del pluralismo informativo en España". Esa necesidad se dio como resultado de la transformación de los Estados totalitarios en democráticos, a fin de que las nuevas ideas liberales pudiesen ser oídas por todos. El fin de los gobiernos autoritarios proporcionó a la televisión la posibilidad de ser administrada por la esfera privada, una vez que ya no tenía sentido que el contenido exhibido por los medios de comunicación fuese producido o censurado por el Estado. Desde entonces, los Estados empezaron a ofrecer concesiones a empresas privadas, a pesar de mantener la titularidad del servicio. Sin embargo, la citada legislación fue derogada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que surge con la finalidad de adaptarse "a los nuevos desarrollos tecnológicos". De acuerdo con su preámbulo: "En los últimos años la comunicación audiovisual se ha basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida y con un modelo de explotación muy asentado pero comercialmente poco sostenible. La tecnología digital viene a romper con este modelo y plantea un aumento exponencial de la señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa aumentando la calidad de la señal audiovisual. Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias, pero, por esta misma razón, se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos".

ideales legislativos sean de hecho puestos en práctica se encuentra en la propia constitución de los medios.

Ello ocurre, fundamentalmente, porque los vehículos de comunicación en los Estados democráticos surgen a través de concesiones estatales a empresas o grupos de empresas privadas⁵⁹¹. Para mantener un canal de televisión, una radio o un periódico, es necesaria una estructura gigantesca, con diversos profesionales cualificados, como periodistas, productores o editores, además de equipamientos con tecnología avanzada y, en algunos casos, hasta espacio en satélite. Y esa maquinaria no consigue sustentarse sin grandes aportes financieros.

A su vez, para financiar esa estructura, los vehículos de comunicación necesitan comercializar parte de la programación, normalmente con intervalos comerciales y acciones de *merchandising* y patrocinio, a los cuales se les atribuye precio con base en los porcentajes de audiencia, que son medidos por institutos de investigación. CHOMSKY Y HERMAN justifican la venta de anuncios para atender los altos costes de funcionamiento de los medios de comunicación, tanto para disminuir el precio final del producto, en el caso de medios impresos, como periódicos y revistas, como para viabilizar la producción de programas, en los casos de televisión, radio y canales virtuales. Considerando esta necesidad, los anunciantes, principal fuente de financiación de los medios de comunicación, como acertadamente ponen de manifiesto CHOMSKY Y HERMAN, se han convertido en sus “patronos” y, por lo tanto, terminan interfiriendo en la programación y en el contenido de los programas⁵⁹².

Como los grandes anunciantes buscan ese espacio en los medios de comunicación, los puntos de vista de ambas partes terminan vinculados, de forma que, aunque periodistas o productores tengan sus propias ideologías, existen límites

⁵⁹¹ “Las grandes empresas de comunicación también se diversificaron más allá del campo mediático, y empresas de fuera del sector de la comunicación establecieron una fuerte presencia en los mass media”. CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing consent. The political economy of the mass media*, London, Vintage, 1994, p. 12 (la traducción es nuestra).

⁵⁹² “El poder de los anunciantes en la programación de la televisión deriva del simple hecho de que ellos compran y pagan por los programas —ellos son los ‘clientes’ que proporcionan el sostenimiento de los media”. CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 16 (la traducción es nuestra).

acerca de lo que puede ser noticia, o sobre lo que se puede discutir dentro de los parámetros establecidos por aquéllos⁵⁹³, implícita o explícitamente⁵⁹⁴.

Como no es fácil burlar la medición de la audiencia, para alcanzar los índices más altos de participación, los medios precisan invertir en la compra o producción de programas que, de hecho, despierten el interés de la población. Y para que más personas consigan identificarse con el contenido, es necesario que los temas abordados, de una forma general, sean del interés de la mayoría y además sean exhibidos de la forma más sencilla y accesible posible, lo que resulta, muchas veces, en el espectáculo como forma de conseguir audiencia⁵⁹⁵. Y, al respecto, tiene razón VARONA GÓMEZ cuando dice “que lo criminal es mediático por naturaleza”⁵⁹⁶.

Debido a que la necesidad de conquistar al público está directamente ligada a la facturación de las empresas, los *mass media* se establecieron como masificadores de opinión. Así, la masificación de la información y su transformación en espectáculo resultó en su antítesis⁵⁹⁷. Es decir, en un objetivo diferente del que condujo a la creación de los medios y de los fundamentos que justifican su necesidad⁵⁹⁸. El diálogo, el rompimiento de barreras, el fomento de la crítica y de la pluralidad de informaciones fueron dejados a un lado en favor de la formación de

⁵⁹³ CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 17.

⁵⁹⁴ REINER, Robert, en *The Oxford handbook of criminology*, 1997, p. 220.

⁵⁹⁵ En ese sentido, señala GARLAND: “La revolución de la televisión transformó el resto de los medios. Al incrementarse su audiencia, el impacto de ésta sobre los gustos populares y su creciente cuota de ingresos por publicidad obligó a los diarios a competir cada vez más en los términos de la televisión. La consecuencia fue una concentración aún mayor de la industria de los periódicos, el surgimiento del periodismo sensacionalista y una tendencia creciente hacia una fusión imperceptible de las noticias y el entretenimiento”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 152.

⁵⁹⁶ “Hay que reconocer que lo criminal es mediático por naturaleza. Desde que existen medios de comunicación ha existido atracción por el fenómeno de la delincuencia, tanto por su intrínseco interés social (no es un hecho neutro), como por el gran potencial que dicho fenómeno tiene para los medios, en el sentido de poder presentar narrativas y discursos de todo tipo (analíticos, dramáticos, trágicos), que atraigan a la potencial audiencia”. VARONA GÓMEZ, Daniel, en *InDret*, 2011, p. 15.

⁵⁹⁷ Tiene razón SÁ cuando pone de manifiesto que “[...] la tentativa de expandir el público crítico, extendiéndolo a toda la sociedad a través de los mass media, acaba por tener como consecuencia inevitable no la desaparición de la sociedad como masa no crítica, sino la propia masificación de aquello que originariamente fuera un público más crítico y, entre sí, más diferenciado”. SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, p. 6 (la traducción es nuestra).

⁵⁹⁸ “Este proceso de mercantilización y privatización de la información ha conllevado según los investigadores que el objetivo principal de los medios de comunicación no sea ya la formación de una opinión pública crítica sobre los asuntos de relevancia, sino ante todo, como cualquier otra empresa, el beneficio económico. De aquí el surgimiento de toda una serie de estrategias para hacer de la información un negocio rentable”. VARONA GÓMEZ, Daniel, en *InDret*, 2011, pp. 15 y 16.

una masa pasiva, que recibe la información como verdad absoluta, que no tiene interés, ni coraje para considerar opiniones adicionales y que ni siquiera se plantea la posibilidad de que tal información sea inverosímil, irreal, fantástica o exagerada⁵⁹⁹. De esa forma, en la gran mayoría de los casos los medios terminan por introducir en el imaginario colectivo, aunque de forma indirecta, determinados valores e ideas apoyadas en intereses comerciales y políticos⁶⁰⁰.

Por otro lado, el individuo que recibe la información masificada muchas veces desea sentirse parte de un grupo homogéneo, donde no se hacen necesarias las críticas, los cuestionamientos y la necesidad de cambios, y procura repetir en la vida las actitudes y los comportamientos de los personajes mediáticos, imitando no sólo el pensamiento, sino también la apariencia y el comportamiento, propagando valores e ideas que muchas veces no tienen sentido en su contexto socioeconómico⁶⁰¹. Y quizás por esta razón los propios medios presuman la existencia de consensos populares ante determinados temas, lo que facilita la edición de noticias, que por su parte refuerzan dichos consensos⁶⁰².

Desgraciadamente, la masa ha perdido la capacidad y el interés por cuestionar la información, aceptando pasivamente lo que le es ofertado por los medios. La falta de análisis crítico a ese respecto ha resultado en la masificación de tendencias, comportamientos y, en lo que se refiere al Derecho penal, en la

⁵⁹⁹ SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, p. 8.

⁶⁰⁰ SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, p. 7. Para CHOMSKY y HERMAN, los medios de comunicación sugieren valores y creencias favorables a la inserción de las personas en ese mundo ultra capitalista, de forma que para alcanzar el éxito de la absorción de esos valores es necesario el uso sistemático y dirigido de la propaganda. CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 1.

⁶⁰¹ De acuerdo con DEBORD, “[l]a alienación del espectador en favor del objeto contemplado (que es el resultado de su propia actividad inconsciente) se expresa de este modo: cuanto más contempla, menos vive; cuanto más acepta reconocerse en las imágenes dominantes de la necesidad, menos comprende su propia existencia y su propio deseo. La exterioridad del espectáculo en relación con el hombre activo se hace manifiesta en el hecho de que sus propios gestos dejan de ser suyos, para convertirse en los gestos de otro que los representa para él”. DEBORD, Guy, *La sociedad del espectáculo*, Valencia, Pre-textos, 2003, p. 49. En el mismo sentido, SÁ defiende que “[l]a propia idea de masa encierra en sí misma la tendencia democrática hacia la homogeneización, o sea, hacia la anulación de las diferencias, posibilitadoras de la comunicación”. SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, pp. 5 y 6 (la traducción es nuestra).

⁶⁰² “No obstante, los medios no sólo parten de la presunción de la sociedad como consenso, sino que en su actividad construyen y refuerzan dicho acuerdo, en gran medida mediante el empleo de dicotomías simples, como la que enfrenta al *mal* frente al *bien*, o a un *nosotros* con un *ellos*”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 179.

divulgación del concepto de determinados héroes y villanos, fomentando el consenso colectivo respecto de la ineficacia de la justicia y de la insuficiencia de las penas.

Eso nos lleva a una observación importante. El capitalismo avanzado y la globalización, junto con la privatización de los medios de comunicación, favorecieron la creación de nuevas formas de censura, presiones, represalias y juicios no formales, que terminan por dirigir los medios de comunicación privados y, en consecuencia, las noticias que llegan a la población, resaltando u omitiendo aquéllas que respectivamente favorecen o dañan los intereses económicos de grandes corporaciones, de inversores, de grupos políticos y de miembros del gobierno⁶⁰³.

Por esa razón, se puede afirmar que las noticias que consumimos, antes de llegar a nosotros, han sido “filtradas”⁶⁰⁴ (o económicamente censuradas⁶⁰⁵) y, en ese trayecto, muchos temas relevantes para la construcción de la opinión pública (y, en algunos casos más puntuales, para la sustentación de la democracia) terminan quedando en el camino. De este modo, la opinión pública termina siendo construida a través de la divulgación de verdades plenas y relativas, de omisiones y mentiras, garantizando la continuidad del consumo, la permanencia en el poder de determinados grupos políticos y el mantenimiento del *status quo*⁶⁰⁶.

Pero existen aún otros factores contrarios a unos medios verdaderamente libres. En nuestra opinión, la relación entre los medios de comunicación y el poder público es uno de ellos, en la medida en que la existencia de los primeros está condicionada a concesiones estatales. Para el mantenimiento amistoso de esa relación, en muchos casos la crítica contra las acciones gubernamentales y la divulgación de noticias perjudiciales para el poder vigente terminan dirigidas, sino

⁶⁰³ BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, 1997, p. 20. En el mismo sentido, CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 8; FUENTES OSORIO, Juan Luis, en *RECPC*, 2005, pp. 5 y ss.

⁶⁰⁴ CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 2.

⁶⁰⁵ BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, 1997, p. 19.

⁶⁰⁶ “Para los idealistas de izquierda, el Estado es el instrumento directo de la clase dominante. Las diversas instituciones –ya sean ideológicas (como la educación y los medios masivos de comunicación) o directamente represoras (como la policía y el sistema judicial)– existen para mantener el capitalismo. Se mezclan en una red continua de instituciones interrelacionadas que se explican en la medida en que contribuyen a sostener el *status quo*”. LEA, John/ YOUNG, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 127.

controladas, por el propio grupo político (o incluso por su adversario, en algunos casos)⁶⁰⁷. De la misma forma, la dimensión de la mayoría de los vehículos de comunicación, junto con la vinculación de los mismos a empresas de otros sectores, favorece el control de noticias gubernamentales a cambio de beneficios legales, fiscales⁶⁰⁸ y de mercado.

Los medios, atendiendo a esos intereses, crean enemigos y estereotipos, reprimen disidentes políticos⁶⁰⁹, hacen proliferar el miedo⁶¹⁰, expanden la necesidad popular de protección, sugieren la criminalización⁶¹¹, dirigen votos, garantizan el poder a algunos y fomentan la necesidad de consumo en un “«círculo de reforzamiento» político-periodístico”, como sostiene SCHEERER, en el cual tanto los medios se interesan por el poder político, como éste en la capacidad influenciadora de aquéllos⁶¹².

2. Opinión pública y publicada

Pero, ¿en qué consiste la opinión pública? Diversos autores cuestionan la existencia real de la misma como una masa uniforme o un bloque de personas que piensan de forma homogénea y tienen las mismas reacciones a las mismas acciones. Sin embargo, la tal ‘opinión pública’ no es tan simple de analizar y mucho menos de definir⁶¹³.

⁶⁰⁷ FUENTES OSORIO, Juan Luis, en *RECPC*, 2005, pp. 5 y 6.

⁶⁰⁸ CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 13; BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, 1997, pp. 19 y ss.

⁶⁰⁹ CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing Consent. The political economy of the mass media*, 1994, p. 2.

⁶¹⁰ “Es el caso de considerar un hecho indiscutible la estabilidad en nuestra sociedad de altas tasas de miedo al delito, sin reflexionar sobre los numerosos indicios que apuntan a que la evolución reciente ha podido ser un fenómeno inducido mediáticamente a partir de ciertos intereses políticos”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *RECPC*, 2005, p. 14.

⁶¹¹ Como pone de manifiesto SANZ MULAS: “En algún punto la noticia se vuelve criminalizante; la prensa criminaliza. La noticia criminaliza, no sólo informa”. SANZ MULAS, Nieves, en *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, 2005, p. 9. En el mismo sentido se expresaba REINER, Robert, en *The Oxford handbook of criminology*, 1997, pp. 193 y ss.

⁶¹² “Con motivo de estos conflictos simbólicos que surgen en torno a la redefinición de los «límites morales» de un sistema social crece el interés de los medios en cuestiones legislativas, así como el interés recíproco de los productores normativos en la (influencia de la) cobertura informativa por parte de los medios de comunicación social”. SCHEERER, Sebastian, “El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal”, trad. Miguel Ángel Cano Paños, en *RDPC*, nº. 8, 2012, p. 405.

⁶¹³ PRANTL, además, llega a afirmar que es posible que existan muchas opiniones públicas y añade:

Desde nuestro punto de vista, la opinión pública está constituida por todo el conjunto de personas que consumen informaciones derivadas de diversas fuentes, no sólo de los vehículos de comunicación convencionales, controlados por las grandes empresas (radio, televisión, periódicos), sino también de los canales de comunicación independientes, como páginas web, blogs, redes sociales y foros de discusión virtuales. Esas personas, que se comunican con otros miembros de la sociedad para construir sus puntos de vista, necesitan asociar las informaciones que provienen de tales fuentes a sus experiencias personales y familiares, al repertorio cultural (que incluye las características específicas e históricas de cada sociedad, y su relación con las artes, la lectura y los mitos⁶¹⁴) y audiovisual (que incluye el cine, los programas de entretenimiento de la televisión y también la publicidad). Todas esas informaciones son estructuradas obviamente por su repertorio intelectual (que es la fuerza motriz de la comprensión) y por su madurez emocional, que hacen confluir todas las ideas en un resultado final. Obviamente, cada individuo consume más o menos informaciones, provenientes de tales o cuales vehículos y, por lo tanto, entendemos que es imposible determinar la opinión pública como un bloque homogéneo constante.

Pero, independientemente de que existan o no grupos diferentes de opiniones, algunos temas de mayor repercusión, normalmente repetidos hasta el agotamiento, terminan por unir diversos grupos en una opinión mayoritaria. Eso ocurre, fundamentalmente, cuando existe una gran ola que domina vehículos de comunicación diferentes, con diversos perfiles, en una sola voz. Significa que el discurso fue replicado con tal intensidad, que contaminó distintos sectores de la

“¿Es la opinión pública sólo lo que pone en el periódico, lo que se programa en la radio y en la televisión? En este ámbito, los periodistas tienen una valoración de sí mismos considerablemente alta”. PRANTL, Heribert, “La ciencia alemana del derecho penal debe aprender a hablar”, en Muñoz Conde, Francisco (Coord. versión española), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 367 y 368. En el mismo sentido, para MICHAVILA, “[...] la imagen que decisores y profesionales de los medios tienen de la opinión pública no deja de ser también una percepción que no siempre se corresponde con las opiniones, actitudes y percepciones de los ciudadanos”. MICHAVILA, Narciso, “Aspectos sociales. La opinión pública ante las cuestiones de seguridad”, en De Cueto, Carlos/ Jordán, Javier (Edits.), *La gestión de seguridad en el nuevo entorno estratégico*, Granada, Comares, 2005, p. 91. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 29.

⁶¹⁴ “Para comprender la reacción de la opinión pública en momentos de crisis es preciso conocer su historia y como se han forjado los mitos que están en el subconsciente del pueblo”. MICHAVILA, Narciso, en *La gestión de seguridad en el nuevo entorno estratégico*, 2005, p. 95.

comunicación, llevándonos a todos a creer que determinados hechos y riesgos son más constantes, más graves y más peligrosos, y que cada vez están más próximos a nosotros⁶¹⁵. Especialmente las personas más conservadoras y con menos interés o acceso a la tecnología están convencidas de que los vehículos de comunicación son de hecho independientes, política o económicamente. Esas personas tienden a imaginar que las informaciones transmitidas al público están libres de vicios, de forma que la noticia muchas veces es recibida como 'verdad absoluta', especialmente si proviene de los medios de mayor difusión. Por esa razón, el exceso de unas informaciones que ya vienen interpretadas por quien las divulga (pudiendo distorsionarlas) y que terminan siendo reiteradas por diversos programas o productos, transmitidas por vehículos de comunicación diferentes, junto con los discursos oficiales de miembros del gobierno, resultan en la influencia o en la propia manipulación de la opinión de quienes las reciben.

Eso no quiere decir que esas personas sean 'la' opinión pública, como conjunto, pero tal vez sean un conjunto de personas que tengan la opinión formada o influenciada por los medios y cuyas ideas sean, en buena parte, conducidas por ellos. Y eso puede ser comprendido, en cierta medida, por la falta de conocimiento de la mayoría respecto de los datos reales, específicos y técnicos, generalmente publicados sólo en medios especializados, que no circulan entre los ciudadanos comunes, ni despiertan su interés. Y a esa opinión pública es a la que nos referimos en este trabajo.

Con acceso a la información el individuo tiene la oportunidad de interpretar los datos de acuerdo con su propio discernimiento y madurez intelectual. Como normalmente ese contenido no es fácilmente accesible, sea por redacción prolija, sea por la necesidad de conocimiento previo, naturalmente el ciudadano común busca las fuentes que hacen el esfuerzo de interpretar esos datos por él.

⁶¹⁵ Hay que tener en cuenta que, en la sociedad de la información, permeada por la comunicación virtual, la opinión pública se forma a través de nuevos elementos y fuentes. Como pone de manifiesto SÁ, "[...] es sobre todo la comunicación *on line*, que permite una comunicación sin barreras o distancias de orden natural, lo que significa la definitiva realización de una comunicación generalizada y global, superando, al mismo tiempo, tanto la reducción de los comunicantes a un grupo restringido y cerrado, sustentado por las afinidades y semejanzas entre sus miembros, como el mantenimiento de la propia comunicación en manos de la unilateralidad y de la verticalidad de los medios de comunicación". SÁ, Alexandre, en *BOCC*, 2002, p. 8 (la traducción es nuestra).

Por otra parte, en lo que se refiere a los productos y programas de contenido no periodístico, el uso de la violencia y de la criminalidad como entretenimiento trajo el crimen, junto con todas sus sensaciones negativas, a nuestra rutina y permitió que se volviese parte de nuestras vidas. Los medios de comunicación y el espectáculo, intrínsecos a nuestra sociedad, mitifican, simulan, poetizan y difunden la violencia, despertando la curiosidad respecto de esos eventos, lo que genera una red de consumidores de violencia y de lo bizarro⁶¹⁶.

Por otro lado, de la misma manera que los medios de comunicación descubrieron a la víctima y al acusado como personajes del espectáculo mediático, las partes (así como la policía y los agentes de la justicia) también encontraron en los medios al interlocutor perfecto para, a través de él, exhibir su dolor y sus motivaciones⁶¹⁷. Ahora las partes se aproximan a los vehículos de comunicación, conceden entrevistas colectivas y divulgan informaciones secretas sobre el proceso, dañando la investigación del caso y creando especulaciones.

En nuestra opinión, este fenómeno surge de dos necesidades primordiales. En primer lugar, los medios (especialmente la televisión) se han convertido en la herramienta ideal para que la víctima consiga la solidaridad general y promueva clamores públicos por justicia. Y a menudo ello coloca a los profesionales de la justicia bajo presión en relación a un resultado de condena, llevándoles muchas veces no solamente a decidir de acuerdo con el pensamiento mayoritario, sino también a no expresar su verdadera opinión acerca del caso, temiendo acciones de

⁶¹⁶ “Esto no quiere decir que los medios masivos de comunicación hayan *generado* nuestro interés por el delito o que hayan *generado* el populismo punitivo que aparece hoy como una fuerte tendencia política. Sin una experiencia del delito colectiva, rutinaria y enraizada sería improbable que las noticias y dramas sobre el delito atrajeran audiencias tan numerosas o vendieran tanto espacio publicitario. Mi argumento es, en cambio, que los medios masivos de comunicación se aprovecharon, dramatizándola y reforzándola, de una nueva experiencia pública —una experiencia con una profunda resonancia psicológica— y al hacerlo han *institucionalizado* esta experiencia”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 263 (la cursiva pertenece al original). Y según GARCÍA ARÁN y PERES-NETO, “[e]n su génesis, las historias criminales poseen elementos narrativos muy interesantes para la construcción de reportajes. De los relatos criminales se espera una historia con principio y final. El cronista criminal, es predominantemente un narrador, mientras que en otros géneros periodísticos, además, se argumenta de manera más refinada. Además, el lector no necesita una elaborada capacidad crítica para consumir el relato criminal. Predomina la curiosidad y la morbosidad frente a sucesos desviados”. GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, p. 266.

⁶¹⁷ SANZ MULAS, Nieves, en *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, 2005, p. 10.

repudio en cuanto a sus ideas o a su carácter⁶¹⁸. Pero, en segundo lugar, la visibilidad mediática y la misericordia popular transforman a la víctima en un personaje televisivo, en una celebridad, que necesita los amparos estatal y legislativo para reconstruirse y seguir su camino.

Es verdad que, en general, gran parte de la población y de los medios son ignorantes en relación con los temas jurídico-penales. También es verdad que el conocimiento popular respecto del crimen está más basado en símbolos presentes en el imaginario colectivo que en la propia realidad, principalmente si consideramos que la gran mayoría de las personas que se sienten en condiciones de discutir y opinar sobre el crimen y la justicia nunca fueron víctimas, nunca visitaron un establecimiento penitenciario ni conocieron nunca a nadie que hubiera sido condenado. Y por eso tiene razón HASSEMER cuando afirma que percibimos la violencia de una forma más “comunicacional que experimental”⁶¹⁹.

En otras palabras, para la mayoría de las personas, la idea de lo que de hecho son la violencia, el delincuente, la prisión y el sistema penal está formada por referencias cinematográficas, televisivas o literarias, la gran mayoría de las veces bastante distantes de la vida real. Y eso se debe, en parte, a que el conocimiento jurídico está restringido a los profesionales del Derecho, que habitualmente no se comunican adecuadamente con la población leiga, como pone de manifiesto PRANTL⁶²⁰.

⁶¹⁸ “Porque una cosa es que las actuaciones judiciales estén sometidas al escrutinio de la opinión pública, y otra bien distinta que los jueces se hallen sometidos a los dictados de esa opinión y, más en concreto, de quienes concurren especialmente a su formación desde los medios de comunicación”. SANZ MULAS, Nieves, en *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, 2005, p. 14.

⁶¹⁹ HASSEMER, Winfried, “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal «eficaz»”, en *EPC*, nº. 15, 1990-1991, p. 184. En el mismo sentido, pone de manifiesto GARLAND: “El conocimiento y la opinión del público acerca de la justicia penal se basan en representaciones colectivas más que en información precisa; en una experiencia del delito culturalmente construida más que en el delito en sí mismo”. GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 2005, p. 263.

⁶²⁰ “[...] parece evidente que la ciencia del Derecho penal ni puede hacerse notar ni entender por la generalidad. Esto significa: la ciencia del Derecho penal alemana no hace justicia a su responsabilidad pública”. PRANTL, Heribert, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, p. 371. Más aún, como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, “[s]ería absurdo, no obstante, negar que existen preocupaciones sociales vinculadas con el problema penal, y del mismo modo sería ciego no ver que a veces el aferramiento doctrinal a 'principios' (por ejemplo, el de intervención mínima) puede no ser comprendido por los observadores sociales”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 38 y 39.

La “hipervisibilización”⁶²¹ que los medios proporcionan a la criminalidad y a sus personajes, creando una yuxtaposición entre la ficción y la realidad⁶²², termina reflejada en olas de miedo e inseguridad generalizada⁶²³. En la mayoría de los casos, el crimen es presentado de forma sensacionalista y exagerada, llevando a la audiencia a creer que los casos más raros se han ido volviendo cada vez más comunes. De este modo, los medios promueven nuevos conceptos y puntos de vista respecto de la justicia penal sin, necesariamente, la participación o consulta de expertos y técnicos, sembrando en el imaginario colectivo ideas equivocadas respecto de la criminalidad y sugiriendo transformaciones legales que jamás serían aplaudidas por profesionales serios del Derecho⁶²⁴.

Con este planteamiento, podemos decir que la responsabilidad de la transformación del acto criminal en fantasía ficticia puede ser atribuida en parte al mundo jurídico, en parte a la población y en parte a los medios. Al mundo jurídico, por verse a sí mismo como autosuficiente y no hacerse comprender por el ciudadano común⁶²⁵. A la población, por no procurar informarse más profundamente sobre los hechos, dejando que las emociones dominen su comprensión. Y a los profesionales de la comunicación, por no informarse respecto de la estructura del proceso penal, ni respecto de las bases o de la lógica del Derecho penal garantista y por transmitir a su audiencia informaciones simplistas respecto de cada caso⁶²⁶.

⁶²¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 73.

⁶²² BAUCCELLS LLADÓS, Joan/ PERES-NETO, Luiz, en *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, 2008, pp. 116 y 117.

⁶²³ MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *JD*, 2003, p. 6; GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, pp. 266 y ss.

⁶²⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, trad. Ricardo Robles Planas, en VV.AA. (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 480 y ss. Al respecto, tiene razón DíEZ RIPOLLÉS cuando observa la pérdida de espacio de la opinión de los expertos ante las presiones de la opinión pública y los medios de comunicación en la fase prelegislativa. Como señala el autor, “[l]a evolución [...] hacia una progresiva pérdida de la influencia experta en la fase prelegislativa constituye un serio retroceso frente a toda propuesta encaminada a incrementar la racionalidad de los procesos de decisión legislativos”. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, p. 39.

⁶²⁵ Respecto de la necesidad del Derecho penal de comunicarse adecuadamente con la sociedad, PRANTL defiende: “Deseo una capacidad de discurso de la ciencia del Derecho penal más allá del círculo de la disciplina. El intento de algunos pocos científicos de actuar en la opinión pública evidentemente –al menos, ésta es mi percepción– se considera en los círculos de la disciplina más bien fuera de lugar. Parece que la publicidad en el marco de la opinión pública es en los círculos académicos un indicio de falta de científicidad”. PRANTL, Heribert, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 373 y 374.

⁶²⁶ “Cuando se transmite la imagen de un comportamiento criminal de naturaleza excepcional,

Obviamente, el tratamiento de temas criminales por los medios ha traído resultados catastróficos para la imagen de la justicia, generalmente considerada condescendiente y tolerante con el delincuente⁶²⁷. Lo que lleva a la interpretación popular de que, en la mayoría de los casos, las leyes no son suficientemente severas, sino extremadamente ineficaces y de que los crímenes, especialmente los violentos, son excesivamente numerosos y recurrentes⁶²⁸.

Junto con el descrédito de la justicia, también la pena de prisión ha perdido credibilidad entre la población. Para GÜNTHER, una de las causas de ese problema reside en la imposibilidad de eliminar, o al menos de reducir drásticamente, las tasas de criminalidad⁶²⁹. La impresión natural a la que es conducida una persona inmersa en la 'nueva cultura político-criminal' es la de que el crecimiento del crimen parece ser incontrolable e inevitable, de forma que el miedo, que una vez llevó al aumento de la rigidez penal, aprueba nuevamente la aplicación de medidas aún más severas para el control social, generando un círculo vicioso de miedo, irracionalidad legal, frustración y violencia estatal. Y esa secuencia de acciones y reacciones resulta en lo que SERRANO GÓMEZ, empleando el pensamiento de BAUMAN, llama "legislación líquida", una legislación que no se consolida, que está siempre asumiendo nuevas formas⁶³⁰.

muchas personas, en general inteligentes y benevolentes, llegan a creer que se justifica la adopción de medidas excepcionales contra las personas atrapadas por el sistema penal. Y cuando se imagina que se trata de colocar a tales personas separadas de las otras, para que queden impedidas de causar mal, se pasa a aceptar fácilmente el propio principio del encarcelamiento, que las aísla". HULSMAN, LOUK/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 1997, p. 57 (la traducción es nuestra).

⁶²⁷ "El público teme que los criminales sean más a menudo excusados que condenados o, si fueren castigados, que la sentencia sea muy corta cuando se impone y más corta aún en la práctica. El público sospecha que los juicios penales, especialmente aquellos relacionados con asesinatos, han sido limitados por la introducción de una serie de excusas inverosímiles". WILSON, James Q., *Moral judgment*, New York, Basic Books, 1997, pp. 1 y 2 (la traducción es nuestra). En el mismo sentido, según QUINTERO OLIVARES: "Cualquier justicia paralela realizada en medios de comunicación o de cualquiera otra índole arrancando del legítimo derecho a opinar libremente y a informar, que, por supuesto, muchos profesionales ejercen de modo inobjetable, propende con frecuencia a dar la impresión de que la maquinaria procesal oficial es una traba para el descubrimiento de los culpables, y que las garantías procesales que son patrimonio de todos son, por culpa de los juristas, una especie de refugio atómico para los delincuentes". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Justicia televisiva", publicado en el periódico *La Vanguardia*, 24/03/93, p. 17.

⁶²⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, pp. 262 y 263.

⁶²⁹ GÜNTHER, Klaus, en *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, 2009, p. 56.

⁶³⁰ Así, sostiene el citado autor: "Desde este punto de vista, la peculiaridad probablemente más notable de la legislación penal española no es su tendencia a la punitividad o la firmeza, sino su

Sin información suficiente, la población percibe la sociedad de forma binaria –buenos contra malos⁶³¹–, ignorando las diferencias naturales que existen entre personas de una misma sociedad, destruyendo la comprensión de la complejidad de cada sujeto y propagando el carácter ‘monstruoso’ del delincuente, que lo diferencia de los demás ciudadanos⁶³². Al distinguirnos a nosotros de los malos, ignorando el lado oscuro que todos tenemos (y que, por más escondido y adormecido que esté, se muestra en momentos de crisis y en situaciones de emergencia, riesgo, miedo u odio), creamos una diferenciación entre el monstruo y los individuos considerados ‘normales’, estando éstos en una condición de superioridad respecto de aquéllos. Ese alejamiento de la criatura monstruosa y del comportamiento anormal o inaceptable facilita el juicio y la condena sociales y legitima la aplicación de respuestas penales exageradas, dirigidas a segregar al individuo de la sociedad por el mayor tiempo posible⁶³³.

naturaleza líquida. [...] En comparación a los sólidos, pueden cambiar de forma con facilidad y, de hecho, son altamente cambiantes en sus formas. Se moldean con sencillez, pero luego esta nueva forma es difícil de mantener, enseguida se convierte en obsoleto. Lo líquido es lo que no llega a solidificar. [...] A mi juicio, aquí encontramos una nota esencial de la legislación penal contemporánea: cambiante y, además, a un ritmo vertiginoso”. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal”, en *RECPC*, nº. 12, 2010, p. 3 (la cursiva pertenece al original). Por su parte, BAUMAN utiliza la ‘liquidez’ como metáfora para describir la fase actual de la modernidad. Según el autor, “[...] los líquidos, diferentemente de los sólidos, no mantienen su forma con facilidad [...]. La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia a la idea de ‘ligereza’. Hay líquidos que, centímetro cúbico por centímetro cúbico, son más pesados que muchos sólidos, pero aun así tendemos a verlos como más ligeros, menos ‘pesados’ que cualquier sólido. Asociamos ‘ligereza’ o ‘ausencia de peso’ a la movilidad y a la inconstancia: sabemos por la práctica que cuanto más ligeros viajamos, con mayor facilidad y rapidez nos movemos”. BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade líquida*, trad. Plínio Dentzien, Rio de Janeiro, Zahar, 2001, p. 8 (la traducción al español es nuestra).

⁶³¹ “[...] se produce una narración dicotómica de la realidad, tendencialmente estructurada entre buenos y malos, el Bien y el Mal, que contribuye a solidificar los códigos valorativos del público, como mecanismo de primer orden de cohesión, estabilización –y control– social”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 71. En el mismo sentido se pronunciaban HULSMAN, LOUK/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 1997, pp. 56 y 57.

⁶³² “Es común encontrar adjetivos como ‘monstruo’, ‘loco’, ‘pervertido’, ‘criminal’, ‘bestia’, entre otros tantos. Dentro de esta estrategia discursiva, el recurso al ‘alias’ –como mecanismo *perlocutivo*– refuerza la dialéctica moral a la que el autor está sujeto, además de deshumanizarlo y alejarlo de la posible empatía del telespectador”. BAUCELLS LLADÓS, Joan/ PERES-NETO, Luiz, en *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, 2008, p. 133 (la cursiva pertenece al original).

⁶³³ “Aceptar el binomio (lo normal y lo monstruoso) implica negar lo monstruoso en todos nosotros: el lado oscuro de nuestra agresión y sexualidad. Pero explicar tales monstruos como una mera proyección de la psique interna de cada individuo [...] resulta insuficiente”. YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, 2003, p. 185.

La ignorancia y la reconfiguración de la imagen del delincuente, unidas a las transformaciones socioeconómicas que el capitalismo tardío trajo, han conducido a la pérdida del interés en comprender, analizar y penetrar en las causas del crimen, en las motivaciones del individuo y en los momentos que precedieron a la comisión del acto ilícito. Esa visión encubierta de la realidad ha traído al universo jurídico-penal problemas graves, que serán analizados en los epígrafes siguientes.

C. GESTIÓN DEL RIESGO

Las transformaciones sociales a las que nos hemos referido antes, en especial en lo relativo a la exclusión, fundaron las bases para el aumento de los índices de criminalidad y para la creación de nuevas figuras delictivas, al mismo tiempo en que los parámetros de tolerancia y lucha contra el delito también se transformaban. Si por un lado la crisis enfrentada por los modelos rehabilitadores había conducido al convencimiento sobre la incompetencia de la prisión para reducir la reincidencia y lograr transformaciones significativas de los encarcelados, por otro, la quiebra del bienestar liberó a la sociedad de la responsabilidad sobre la conducción de vida de los demás, dejándola libre para entender que las consecuencias provenientes de las elecciones individuales ahora deberían recaer sobre quien se decidió conscientemente por tal camino⁶³⁴.

La disminución de las políticas de bienestar contribuyó, como ya hemos dicho, a la creación de una clase más numerosa de pobres y miserables, que terminó concentrándose en los grandes centros urbanos, creando zonas marginadas de

⁶³⁴ “Será el individuo el único responsable de su situación, ya no la sociedad”. RIVERA BEIRAS, Iñaki/ NICOLÁS LAZO, Gemma, en *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 229. En el mismo sentido, señala BRANDARIZ GARCÍA: “La familia, el género, la clase, la nación o la identidad local siempre fueron pautas de regulación de conducta, cuya ausencia deja un vacío que no puede sino generar una desorientación ciertamente notable, una sensación colectiva de desorden social. A ello se añade que la crisis de estos referentes identitarios produce un descenso de los niveles de cohesión social y de solidaridad comunitaria. Ambas circunstancias no pueden sino entenderse como factores productores de considerables grados de incertidumbre e inseguridad sociales”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 60.

exclusión social que potencian la idea de peligrosidad, criminalidad y, consecuentemente, de aún más inseguridad⁶³⁵.

Los nuevos paradigmas de intolerancia y las dificultades para contener la reincidencia exponían las fragilidades del sistema a la hora de garantizar el equilibrio social y justificaban el control del sujeto considerado como una amenaza (porque se encuentra en los márgenes de la sociedad de consumo, porque pertenece a las minorías poblacionales estigmatizadas por su raza, nacionalidad, religión, orientación sexual, etc., por su historial delictivo o porque no responde al comportamiento de la mayoría), ahora entendido como un excedente a gestionar⁶³⁶.

Como sostiene la doctrina, la sociedad ha sido convencida de que esos individuos que comparten con ella el espacio público, por los riesgos que representan, deben ser observados y controlados, tanto para evitar nuevas lesiones, como para que los sujetos que no se consideran una amenaza no sean confundidos con aquéllos otros que sí lo son. En relación con ello, las incertidumbres respecto a quiénes de verdad representan un peligro llevan a la categorización de grupos sospechosos para poder conocer más fácilmente de dónde procede la amenaza a alejar⁶³⁷.

⁶³⁵ BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 70. En el mismo sentido, LARRAURI defiende que “[e]n definitiva, el neoliberalismo económico traducido a los textos criminológicos aparece como influyente en la producción y acentuación de desigualdades sociales (las cuales se entienden como favorecedoras de determinados comportamientos delictivos) y en el surgimiento de sentimientos de ansiedad, producto de la inestabilidad del mercado laboral presente y futuro (los cuales se entienden como favorecedores de sentimientos punitivos)”. LARRAURI PIJOÁN, Elena, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *JD*, nº. 55, 2006, p. 16.

⁶³⁶ Al respecto, pone de manifiesto BRANDARIZ GARCÍA: “[...] el capitalismo postfordista consolida la excedencia a efectos productivos, y de consumo, de determinados sectores sociales. De este modo, el sistema de control, y en concreto su vertiente penal, no precisa ya rehabilitar, sino simplemente gestionar esa excedencia, administrar las *externalidades* humanas del sistema social”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 39 (la cursiva pertenece al original).

⁶³⁷ Para BAUMAN, “[e]se otro es más bien un vecino, un transeúnte, un merodeador, un acosador: y últimamente, un extranjero. Porque como sabemos, los moradores de la ciudad son todos extraños entre sí, y todos somos sospechosos de ser peligrosos, y todos queremos en alguna medida que esas amenazas flotantes, difusas y anónimas asuman una forma sólida en un grupo de «sospechosos habituales». Se espera que esa categorización mantenga alejada esa amenaza y, a la vez, nos exima del peligro de ser señalados como parte de esa amenaza”. BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, trad. Alicia Capel, Barcelona, Paidós, 2013, p. 110. Y continúan los citados autores: “Todos necesitamos designar a los enemigos de la seguridad para *evitar ser considerados parte de ellos*... Necesitamos acusar para ser absueltos, excluir para evitar la exclusión”. BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, 2013, p. 111 (la cursiva pertenece al original).

Sin embargo, los riesgos que atormentan al ciudadano contemporáneo no se reducen a las posibilidades de victimización, sino que trascienden el universo criminal y permean prácticamente todos los aspectos de la vida moderna.

Primero, en relación al nuevo escenario económico excluyente, y al margen de las cuestiones acerca de la violencia que de éste se derivan, se entiende que la sensación de inseguridad se relaciona con el hecho de que la sociedad se vea expuesta a los individuos que no lograron encontrar un lugar en el nuevo modelo social. Éste, por estructurarse en parámetros volátiles, flexibles, líquidos, intimida a aquéllos que saben que el tránsito hacia el sector de los excluidos puede tocarle a cualquiera. De esta forma, la extrema movilidad (en especial hacia abajo) inherente a nuestro tiempo hace sobrestimar las consecuencias de la pérdida del *status* social e intimida al ciudadano ante la posibilidad de ver comprometidas sus necesidades básicas⁶³⁸. A esto se añaden los ya mencionados perjuicios enfrentados por la fuerza productiva debido a la introducción de la tecnología en la industrialización y el natural desplazamiento de numerosos individuos proletarizados hacia las márgenes del mercado. Todo ello, se manifiesta como amenazas que sobrepasan las fronteras de la realidad laboral e invaden las demás áreas de la vida del ciudadano, lo que potencia su debilidad ante incontrolables factores de los que el modelo neoliberal no se puede alejar⁶³⁹.

La doctrina, además, sostiene que las innovaciones que surgieron como resultado de la industrialización y del avance del capitalismo están necesariamente conectadas con el aumento de los riesgos a los que se encuentra expuesta la

⁶³⁸ Respecto a las razones de la sensación de inseguridad, evidente en la sociedad contemporánea, señala BRANDARIZ GARCÍA: "Una primera razón tiene que ver con las mutaciones del sistema económico, que inciden sobre las formas de inserción de los individuos en las relaciones productivas, así como en las posibilidades de derivar de ellas recursos para satisfacer sus necesidades básicas". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 81. En sentido similar, se manifiestan HARDT y NEGRI: "Asimismo, la actual crisis económica y financiera añade toda una serie de miedos diferentes. Y en muchos casos uno de los mayores miedos es el de estar sin trabajo y por lo tanto no ser capaz de sobrevivir. Uno tiene que ser un buen trabajador, fiel a su empleador y no hacer huelga, o de lo contrario se encontrará sin trabajo e incapaz de pagar sus deudas". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, trad. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2012, p. 30.

⁶³⁹ "Esa efectiva carencia de un empleo de calidad perpetuo, esa estable inestabilidad, produce una relevante sensación de inseguridad en relación con la posibilidad de generar de forma constante recursos suficientes para satisfacer las necesidades humanas. La precariedad, empero, trasciende por completo la condición laboral del individuo, convirtiéndose en una suerte de incertidumbre biográfica". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 82.

sociedad y la forma en que éstos se distribuyen, consecuencia no sólo de los más diversos descubrimientos científicos (tecnológicos, médicos, químicos, biológicos...), sino también de la utilización que se hace de los mismos, de una forma quizás aún incipiente, con el fin de sistemáticamente dar continuidad al desarrollo del modelo económico al que nos hemos referido⁶⁴⁰. Esas nuevas circunstancias han sido ilustradas por BECK bajo el concepto de la “sociedad del riesgo”⁶⁴¹, entendiéndose como tal la nueva organización social donde la inseguridad, transversal a todos los aspectos de la vida contemporánea, se encuentra presente desde el consumo, manejo y distribución de nuevos productos y sustancias –cuyas posibles características lesivas a la humanidad y al medio ambiente aún no se conocen–, hasta la marginación de determinadas culturas, razas y grupos sociales, que pueden llegar a representar futuras amenazas⁶⁴².

⁶⁴⁰ “La sociedad industrial es una sociedad de *producción* industrial que, en su evolución, da pie a una sociedad de *secuelas* industriales reflejo de ella misma, que le excede en sus dimensiones y resulta negativo en conjunto: en su hechura, dinámica, intereses, valores, lógica del conflicto e histerias. Por un lado, bienestar, propiedad privada, negocios, Estado nacional, seguridad social; por otro, cosas desagradables y poco apetecibles que nadie quiere y que provocan por doquier rechazo y actitudes defensivas que hay que clasificar por los ámbitos en que se produce el deterioro: salud, vida, propiedades, mercados, confianza, de dimensiones locales, y también de dimensiones supranacionales. [...] También aquí se dan desigualdades: la miseria atrae el peligro. Pero cuando se multiplican globalmente los peligros, tales desigualdades decrecen. La contaminación del agua potable no excluye la jarra del director general”. BECK, Ulrich, *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Romero Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000, p. 23.

⁶⁴¹ “Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global. Está íntimamente relacionado con el proceso administrativo y técnico de decisión”. BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo global*, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI de España, 2002, p. 5. Y continúa el autor: “La sociedad de riesgo *no es una opción* que pueda elegirse o rechazarse en el curso del debate político. Surge a través del funcionamiento automático de procesos autónomos de modernización que son ciegos y sordos a las consecuencias y a los peligros. En conjunto, y de forma latente, éstos producen peligros que ponen en cuestión –es más, cancelan– la base de la sociedad industrial”. BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo global*, 2002, p. 114. Para BECK, “[s]in embargo, los riesgos no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente *futuro*. Éste reposa tanto en la prolongación al futuro de los daños ya visibles como en una pérdida general de confianza o en la suposición de un «fortalecimiento del riesgo». Así pues, los riesgos tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar pero que son inminentes, y que precisamente en este sentido ya son reales hoy”. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás, 5ª. impresión, Barcelona, Paidós, 2014, p. 48.

⁶⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. ed., Montevideo, B de F, 2011, pp. 15-19. Es importante señalar que en el mismo contexto social en el que se destaca la inseguridad ciudadana ante los nuevos riesgos, también se percibe el crecimiento del miedo ante la criminalidad clásica que ahora se muestra incontrolable. Por lo dicho, tiene razón Díez Ripollés cuando señala: “Así, se afirma que la

Siguiendo este planteamiento se suele admitir que la sociedad en la que vivimos constituye un ámbito de “objetiva inseguridad”⁶⁴³, envuelto en una atmosfera amenazante repleta de riesgos derivados de las innovaciones científicas y de las relaciones sociales conflictivas (desempleo, inmigración, choques culturales, marginalidad y competitividad) y potenciada por riesgos imaginarios⁶⁴⁴, como consecuencia de las transformaciones culturales y sociales –y de la ansiedad provocada por dichos cambios–⁶⁴⁵. Esos factores influyen tanto en la percepción y la dimensión de los problemas e intereses colectivos, como en la forma en que se reacciona a las tragedias, a las crisis y a las noticias que las divulgan.

Al respecto, se cree que si por un lado esa sociedad logró alcanzar un alto nivel de bienestar individual, por otro lado también pasó a amenazar su propia existencia, una vez que generó, contra sí misma, riesgos de lesiones globalizadas y artificiales⁶⁴⁶, muchas de ellas incalculables e imprevisibles –provenientes, entre otros, de posibles tragedias naturales, de destrucciones medioambientales, de ataques por armas de destrucción masiva, de conflictos militares o del terrorismo–⁶⁴⁷.

En esa nueva realidad, el propio riesgo se convierte en una oportunidad para quienes se dedican a ampliar la sensación de la amenaza o a ocultarla (los medios de comunicación, la clase política, etc.), o para quienes tratan de explotarlos

criminalidad de los socialmente excluidos constituye *la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo*, de forma que, por ejemplo, la anticipación de la tutela penal se justifica tanto por la necesidad de reaccionar con estructuras de peligro a las nuevas formas de criminalidad como por la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia callejera que originan los marginados sociales. [...] se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el *sentimiento de inseguridad callejera* ligado al miedo a sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *RECPC*, 2005, p. 10 (la cursiva pertenece al original).

⁶⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal...*, 2011, p. 15.

⁶⁴⁴ “[...] *la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal...*, 2011, pp. 26 y 27 (la cursiva pertenece al original).

⁶⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal...*, 2011, pp. 20 y ss.

⁶⁴⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 26.

⁶⁴⁷ BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo global*, 2002, pp. 54-57. En ese contexto, BERGALLI señala la relevancia de la cuestión energética en la nueva revolución industrial, ya que el petróleo, por haberse convertido en “el motor de todo cambio productivo”, también se volvió una de las principales motivaciones de conflictos armados de la sociedad contemporánea. BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 65.

comercialmente a través de los más diversos productos y servicios de seguridad⁶⁴⁸, excesivamente populares en la actualidad.

Conviene observar además que, como ponen de manifiesto BAUMAN y LYON, lo que anima a la sociedad a la búsqueda de un mundo «que sea transparente, sin sorpresas ni misterios, que no nos coja desprevenidos o mirando hacia otro lado»⁶⁴⁹, está relacionado con la natural orientación humana hacia el orden. Para estos autores existe una relación entre la obsesión respecto al exceso de vigilancia y control en los espacios públicos, y la percepción del mundo como un ámbito desordenado que precisa de intervención⁶⁵⁰. Ante este exceso de vigilancia y control al cual estamos todos subordinados, HARDT y NEGRI se preguntan “¿Por qué aceptamos ser tratados como reclusos?”⁶⁵¹. Como acertadamente explican estos autores, esa resignación viene del convencimiento en relación al exceso de riesgo y a la gravedad de la amenaza. Y continúan: “Aceptamos estar en una sociedad cárcel porque el exterior parece más peligroso”⁶⁵².

⁶⁴⁸ “Precisamente *en* el trato con los riesgos resultan muchas diferenciaciones y conflictos sociales nuevos. Éstos ya no siguen el esquema de la sociedad de clases. Surgen sobre todo de la doble faz de los riesgos en la sociedad de mercado desarrollada: los riesgos son aquí no sólo riesgos, sino también *oportunidades de mercado*. De ahí que precisamente con el despliegue de la sociedad del riesgo se desplieguen los contrastes entre quienes están *afectados* por los riesgos y quienes se *benefician* de ellos. De una manera similar crece el significado social y político del *saber* y, por tanto, el poder sobre los medios que lo configuran (la ciencia y la investigación) y lo difunden (los medios de comunicación de masas). [...] Estas tensiones entre la supresión del riesgo y el negocio, la producción y el consumo de las definiciones del riesgo, atraviesan todos los ámbitos de actuación social”. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2014, pp. 65 y 66 (la cursiva pertenece al original).

⁶⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, 2013, p. 122.

⁶⁵⁰ “Esta paz final del cuerpo y de la mente se encuentra, sospecho, en la esencia de la idea popular e intuitiva del «orden» [...]”. BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, 2013, p. 122. Y continúan: “La insaciable e insatisfecha sed de orden nos hace experimentar la realidad como un desorden y nos llama a reformarla. Imagino que la vigilancia es una de esas industrias que nunca se quedarán desfasadas y necesitarán reconvertirse...”. BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, 2013, p. 123.

⁶⁵¹ “¿Por qué aceptamos ser tratados como reclusos? En una época anterior, la prisión, separada de la sociedad, era la institución de la vigilancia total, cuyos reclusos eran constantemente observados y sus actividades registradas, pero hoy la vigilancia total es cada vez más, la condición general de la sociedad”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, p. 27.

⁶⁵² HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, p. 27. Y continúan los autores: “El miedo es el motivo principal por el que el securitizado acepte no solo su doble papel, observador y observado, en el régimen de vigilancia, sino también el hecho de que tantas otras personas lleguen incluso a estar privadas de su libertad. El securitizado vive con el miedo de una combinación de castigo y amenazas externas. El miedo a los poderes dominantes y a su policía es un factor determinante, pero más importante y eficaz es el miedo a *los otros* peligrosos y a las amenazas desconocidas, un miedo social generalizado”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, p. 31 (la cursiva pertenece al original).

El miedo parece hacer al ciudadano aceptar recortes a su libertad e invasiones a su privacidad, sin ni siquiera cuestionarse si las medidas a las que está sometido son adecuadas o si traspasan los límites necesarios. Por lo tanto, se puede admitir que ya no son transparentes las fronteras que separan los problemas de sus soluciones o cuáles son las soluciones ideales para afrontar determinados problemas. De la misma forma, ya no queda claro si lo que se reconoce como amenaza realmente se puede convertir en algo dañoso o si el discurso del riesgo se estaría utilizando para orientar a la sociedad a actuar de acuerdo con determinados intereses ocultos⁶⁵³.

Sin embargo, como pone de manifiesto BECK, el conflicto que se establece entre las soluciones reales y las simuladas en la gestión del riesgo no parece favorecer su contención⁶⁵⁴, pues, por lo que se puede observar, en el enfrentamiento gubernamental a las más diversas amenazas, más importante que eliminarlas es el discurso de la eliminación⁶⁵⁵. Por más que los riesgos sean constantes, crecientes y cada vez más intensos, el poder político no parece comprometido con la puesta en práctica de medidas preventivas o que lleven a su control real, precisamente porque, en esa cadena, quienes detentan el “derecho” de explotación de determinados recursos naturales (como el petróleo), así como de explotación de productos naturalmente contradictorios en su contenido ético (como la industrialización y el comercio de armamento o la producción de alimentos

⁶⁵³ “El aprovechamiento de los riesgos al expandirse el mercado favorece una oscilación general entre ocultar y desvelar los riesgos, con la consecuencia de que al final ya nadie sabe si el «problema» no será la «solución» o al revés, quién se beneficia de qué, dónde se descubren u ocultan autorías mediante conjeturas causales y si lo que se dice de los riesgos no será expresión de una dramaturgia política que en realidad pretende algo completamente distinto”. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2014, p. 66.

⁶⁵⁴ “Es verdad que crecen las amenazas, pero no son transformadas políticamente en una política preventiva de dominación del riesgo, más aún: no está claro qué tipo de política y de instituciones políticas está en condiciones de hacerlo. Ciertamente, surge una comunidad incomprensible que se corresponde con la incomprensibilidad de los riesgos; pero es más un deseo que una realidad. Al mismo tiempo, surge con este abismo un vacío de competencia e institucionalidad políticas, incluso de ideas al respecto. La apertura de la cuestión de cómo gestionar políticamente las amenazas se encuentra en una clara desproporción con la creciente demanda de actuación y de política”. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2014, p. 68.

⁶⁵⁵ “Este escenario conduce a que en el momento actual nos encontremos con que la obtención de la seguridad, aunque tal vez sería más exacto afirmar, alcanzar la percepción social de la seguridad, pase a ser un objetivo político por parte del Estado. Hoy la política de seguridad constituye un elemento determinante de muchas decisiones legislativas y dentro de ellas un instrumento clave va a ser, una vez más, el recurso al Derecho penal”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, 2012, p. 197.

transgénicos), no los quieren perder, aunque esas ganancias cuesten a la población o al medio ambiente mucho más que los volúmenes de capital inherentes al negocio⁶⁵⁶.

El miedo entonces se convierte en algo que paradójicamente aleja y acerca a los individuos según una cierta identificación mutua, es decir, de acuerdo con la forma en que cada uno de ellos se ve a sí mismo y al otro. Los iguales se acercan, son amigos; los diferentes se repelen, son enemigos. Y ello, como sostiene BECK, genera una “solidaridad por el miedo”⁶⁵⁷.

Naturalmente, la sociedad de riesgo ha influenciado el Derecho penal de fines del siglo XX, en el que el carácter simbólico del castigo viene asumiendo un protagonismo cada vez más evidente. En ese nuevo modelo que se ha establecido, fácilmente se encuentran muchos de los elementos presentes en el concepto del Derecho penal del enemigo, al que nos referimos en el capítulo anterior, sobre todo en lo que se refiere al fin funcional de reiteración de la vigencia de la norma y de neutralización de los indeseables a través de la pena.

Como afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, la punición de la cultura del riesgo parece estar más comprometida con los mensajes emitidos por la sobrepunición o por la sobreamenaza de punición, que con las reales posibilidades de control de la criminalidad por el sistema penal⁶⁵⁸. Ese punto de vista es

⁶⁵⁶ “Los peligros tienen un origen industrial, se exteriorizan económicamente, se individualizan jurídicamente, se legitiman científicamente y se suavizan políticamente. Eso puede comprobarse en que (¡en el mejor de los casos!) todos se atienen a lo preceptivo, pero el resultado es que mares, especies y bosques mueren y los niños enferman, etc.”. BECK, Ulrich, *La democracia y sus enemigos*, 2000, p. 25.

⁶⁵⁷ “En lugar de la *comunidad de la miseria* aparece la *comunidad del miedo*. En este sentido, el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la *solidaridad* surge por *miedo* y se convierte en una fuerza política”. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2014, p. 70 (la cursiva pertenece al original). Además, BECK llama la atención sobre la relevancia para los aparatos de poder de la existencia de un enemigo como polarizador de los miembros de una comunidad: “Las imágenes de enemigo tienen el terrible poder de hacerse realidad, porque desencadenan un mecanismo de defensa y contraataque que, al anticipar el miedo, realimenta constantemente todos los miedos”. BECK, Ulrich, *La democracia y sus enemigos*, 2000, p. 160. Y continúa el autor: “Por eso es tan importante, en la construcción o destrucción sociales de las imágenes de enemigo, el papel de las élites y de los medios de comunicación social. Las imágenes de enemigo son armas intelectuales, meta-armas: palabras en cuyo marco la violencia resulta natural”. BECK, Ulrich, *La democracia y sus enemigos*, 2000, p. 161.

⁶⁵⁸ “Todo ello favorece, además, una utilización «simbólica» del Derecho penal, en el que lo primordial es el significado que socialmente se atribuye al recurso del Derecho penal, aunque con ello el legislador prescinda del empleo de otros medios y eluda el principio de *ultima ratio* [...]”. BERDUGO

compartido por una parte importante de la doctrina, que identifica en los más diversos discursos políticos la idea obsesiva del Estado de mostrar al electorado su compromiso de proveer la deseada seguridad.

En ese panorama, el Derecho penal surge como un arma preventiva, abandona sus características modernas y asume una postura posmoderna: se desformaliza, crea nuevos bienes jurídicos (ahora de naturaleza colectiva), penaliza nuevas conductas derivadas de acciones imprudentes y omisivas, y criminaliza muchas de ellas por la mera exposición al peligro a través del hecho⁶⁵⁹. Además, aumenta la severidad punitiva, agravando las condiciones de encarcelamiento, restringe el acceso a la libertad y a los beneficios penitenciarios, establece medidas de seguridad posdelictuales, autoriza la participación de la víctima de forma más evidente en el proceso y, principalmente, pierde su carácter disciplinario, reforzando sus características neutralizadoras y controladoras.

En esta nueva realidad, la pena asume como fin lo que BRANDARIZ GARCÍA denomina “funcionalidad incapacitadora”⁶⁶⁰, es decir, empieza a sobrevalorar la mera custodia en lugar de la recuperación del sujeto⁶⁶¹. Además, ahora asume una faceta aún más agresiva, pues la mera compensación del daño o retribución del mal ya no son suficientes. Eso se percibe no sólo a través de la sobrevaloración de la idea de la inocuización, sino también de la necesidad del Estado de restaurar la confianza de los ciudadanos en la norma y en el respeto a la misma por los demás⁶⁶², estableciendo un entorno de excepción contra el cual es necesaria la creación de reglas especiales, capaces de aniquilar al enemigo y al extraño⁶⁶³, entendidos no sólo

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, 2012, p. 198.

⁶⁵⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 483.

⁶⁶⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 38.

⁶⁶¹ “[...] el cuestionamiento de la resocialización e, incluso, de toda la racionalidad penal *welfarista*, pudo llegar a consolidarse, sin que por ello la prisión se tambalease como institución. Las orientaciones político-criminales que han ido adquiriendo hegemonía lograron mantener una prisión que cada vez atiende menos a aquella lógica resocializadora. Para ello, seguramente no ha sido siquiera necesario reconstruir una nueva racionalidad que sustituya, en su mismo nivel de afirmación, al pensamiento rehabilitador. Probablemente ha resultado suficiente admitir que la prisión, antaño como ahora, cumple una funcionalidad de custodia que constituye un fin en sí mismo”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 38.

⁶⁶² ALBRECHT, Peter-Alexis, en *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 474.

⁶⁶³ BERGALLI, Roberto, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 72.

como extranjeros o individuos de comportamiento no convencional, sino también como aquellos que extrañamente no se adecuaron o no se convencieron de los encantos del mundo capitalista globalizado, polarizado entre trabajo y consumo⁶⁶⁴.

D. ESTADO, MERCADO Y SOCIEDAD CIVIL

Dando continuidad a nuestro planteamiento respecto a la relación entre el Estado y la economía, es importante comentar que, como señalan HARDT y NEGRI, en los primeros momentos del capitalismo fue la sociedad civil quien facilitó la aproximación entre el mercado y el poder soberano. Ese movimiento fue posible, de acuerdo con los citados autores, porque las instituciones civiles generaban un flujo entre las energías de ambos agentes y ordenaban sus demandas, lo que las convertía en un importante personaje en ese juego de poder. Sin embargo, de lo que se observa en el panorama actual, ni el mercado, ni el Estado necesitan ya la mediación de una tercera fuerza en esa relación, de forma que la participación de la sociedad en el ejercicio del poder político se ha debilitado, no sólo en lo relativo a su capacidad para ejercer presiones en favor de más atención del Estado a sus intereses concretos, sino también en lo que se refiere a su relevancia como destinatario de las iniciativas públicas⁶⁶⁵. Su influencia ahora parece reducirse a la mera elección de los

⁶⁶⁴ Como señala BRANDARIZ GARCÍA, en esa nueva configuración, aquellos clasificados como “underclass” no deben ser beneficiados a través de la asistencia social, sino que deben “redescubrir las virtudes del trabajo, como mecanismo disciplinario para la gestión del orden social, lo que, paradójicamente, se produce en el momento en que la fuerza de trabajo pierde centralidad en el sistema productivo y quiebra la ideología del trabajo como medio fundamental de consecución del éxito socioeconómico”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 52.

⁶⁶⁵ “La sociedad civil sirvió en un período histórico como mediador entre las fuerzas inmanentes del capital y el poder trascendente de la soberanía moderna. [...] Las instituciones que constituyen la sociedad civil funcionaban como pasajes que canalizaban los flujos de las fuerzas sociales y económicas elevándolos a una unidad coherente y, en el reflujo, como en una red de irrigación, distribuían el mando de la unidad por la totalidad del campo social inmanente. En otras palabras, estas instituciones no estatales organizaban la sociedad capitalista bajo el orden del Estado y, a la vez, difundían el dominio estatal a través de la sociedad. Desde este punto de vista de nuestro marco conceptual, podríamos decir que la sociedad civil era el terreno del devenir inmanente de la soberanía estatal moderna (que hacía descender hasta la sociedad capitalista) y, a la vez, inversamente, el terreno del devenir trascendente de la sociedad capitalista (que la elevaba hasta el Estado). Sin embargo, en nuestra época, la sociedad civil ya no sirve como punto de mediación

sujetos que ocuparán las plazas destinadas a la clase política en el Estado, los cuales ya no se sienten comprometidos con la defensa de los intereses de los ciudadanos a los que representan y, cuando son convocados por los movimientos sociales para actuar en su favor, se encuentran en una condición de conflicto entre sus propios beneficios y los de quienes les pusieron allí⁶⁶⁶. Esa falta de conexión entre lo que el elector desea y lo que el mercado necesita, así como la falta de consenso respecto a quienes merecen más atención estatal, ha desacreditado a muchas de las instituciones públicas, no sólo a las políticas, sino también, y especialmente, a las relacionadas con la Administración de Justicia.

Al mismo tiempo en que se conecta con los intereses de la producción, y quizás por influencia de esa cultura hedonista y apática en la que se encuentra inmersa la sociedad contemporánea, la política se ha aprovechado de la falta de interés popular en las grandes reformas, y se ha alejado del compromiso con los beneficios sociales clásicos y con la superación de las desigualdades económicas en el ámbito colectivo. De esta forma, el modelo del bienestar social ha cedido lugar al del bienestar individual, que ya no precisa ser conducido por el poder público. El esfuerzo de este agente parece reducirse a la gestión de las condiciones necesarias para el crecimiento económico y del excedente marginalizado por las nuevas circunstancias.

Ante la profunda desregulación de los parámetros en que se sostienen las bases del comportamiento posmoderno, se puede deducir que la indiferencia del ciudadano frente a los ideales públicos, así como su falta de resistencia al modelo que se impone, tan evidente en la actualidad, forman parte de la lógica del modelo económico. Son consecuencia de ello, la “condición ideal para su

adecuado entre el capital y la soberanía. Las estructuras e instituciones que la constituyen hoy se van marchitando progresivamente”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, pp. 301 y 302.

⁶⁶⁶ “La interacción de estas variables explica que la autopresentación simbólica que las élites políticas llevan a cabo en la esfera de la opinión pública esté ampliamente desconectada de los procesos reales de decisión dentro de la esfera política. Y correlato de esto es el desgajamiento del papel del elector, que es al que por lo general se reduce la participación política. La decisión de voto sólo influye por lo general en el reclutamiento de la clase dirigente y permanece, en lo que a sus motivos se refiere, fuera de alcance de la *formación discursiva de la voluntad*. Todo ello tiene como consecuencia una *neutralización de las posibilidades de participación política* abierta jurídicamente con la institucionalización del papel del ciudadano”. HABERMAS, Jürgen, “Un modelo del compromiso del Estado social”, trad. Manuel Jiménez Redondo, en *Teorema*, V. 13, nº. 1-2, 1983, p. 14 (la cursiva pertenece al original).

experimentación”⁶⁶⁷. Por eso, para LIPOVETSKY esta «deserción social»⁶⁶⁸ no refleja una crisis del modelo o un problema de socialización, sino que debe entenderse como la confirmación de sus propios fines⁶⁶⁹.

Volviendo a las relaciones entre Estado, mercado y sociedad civil, observando las nuevas circunstancias que derivan del modelo capitalista en que vivimos sostiene SOMERS la existencia de una relación triádica delicada entre ellos, en la cual la sociedad civil debería encontrarse en el medio de las otras dos fuerzas. Al estar en esta posición, la sociedad podría de alguna forma protegerse y garantizar la preservación de principios democráticos que le interesan, ya que evitaría que fueran sobrepasadas las fronteras que alejan cada uno de esos núcleos extremos⁶⁷⁰.

Sin embargo, la ruptura de este equilibrio, que se observa desde las últimas décadas del siglo XX, demuestra que la intervención del mercado y su acercamiento al Estado viene deteriorando los derechos de la ciudadanía hasta el punto en que la

⁶⁶⁷ LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, 2012, p. 43.

⁶⁶⁸ LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, 2012, p. 43.

⁶⁶⁹ “Lejos de representar una profunda crisis del sistema anunciando a más o menos largo plazo su fracaso, la deserción social no es más que su realización extrema, su lógica fundamental, como si el capitalismo hubiera de hacer indiferentes a los hombres, como lo hizo con las cosas. Aquí no hay fracaso o resistencia al sistema, la apatía no es un defecto de socialización sino una nueva socialización flexible y «económica», una descrispación necesaria para el funcionamiento del capitalismo moderno en tanto que sistema *experimental* acelerado y sistemático. Fundado en la combinación incesante de posibilidades inéditas, el capitalismo encuentra en la indiferencia una condición ideal para su experimentación, que puede cumplirse así con un mínimo de resistencia”. LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, 2012, p. 43.

⁶⁷⁰ Al respecto, manifiesta la autora: “La sociedad civil, en mi visión de ciudadanía democrática, debe prosperar como el lugar social situado entre el mercado y el estado, a pesar de no ser completamente independiente de ninguno de los dos. Al perturbar lo que sería, bajo otras circunstancias, simplemente una diada de estado y mercado, la sociedad civil es, por lo tanto, central al equilibrio de poder en la configuración triádica de estado, sociedad civil y mercado. [...] Por el bien de la democracia, es crítico en un sentido empírico y sociológico que la sociedad civil y su ethos igualitarista y solidarístico independiente sobrevivan entre estado y mercado, donde deben prevenir que el mercado o el poder estatal sobrepasen o transgredan límites”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, reprint, New York, Cambridge University press, 2010, p. 31 (la traducción es nuestra). La idea es complementada por WRIGHT, al manifestarse críticamente respecto de la posición actual de la sociedad civil en el referido esquema triádico. Para este autor, se debería considerar no sólo el alejamiento entre el Estado y el mercado, forzado por la sociedad civil, sino que cada uno de esos núcleos debería actuar en los otros dos, para que se pudiera sostener un ambiente donde todos se respetaran mutuamente. Sobre este tema, pone de manifiesto WRIGHT: “[...] parece que en un modelo triádico a todo vapor, cada una de las esferas está, en cierto sentido, entre las otras dos, y aún más significativamente, cada una modela las interacciones de las otras dos. [...] La idea sencilla de que la sociedad civil esté «entre» el estado y el mercado, no invoca este conjunto más complejo de interacciones”. WRIGHT, Erik Olin, “The «triadic» model of society in Somers’ Genealogies of Citizenship”, en *Socio-economic Review*, 9 (2), 2011, p. 408.

tríada se convierte en dos polos dicotómicos y divergentes, estando el Estado localizado en el lado contrario al de la sociedad⁶⁷¹.

Tal y como plantea SOMERS, ese nuevo paradigma sería posible porque vivimos la lógica del *market fundamentalism*⁶⁷², es decir, estamos convencidos de que el mercado es el nuevo ente organizador de las relaciones sociales, relaciones que deben ser sostenidas bajo la cultura de la eficiencia y de la productividad. En tal escenario, es ineludible que el poder de coerción del Estado se aleje de las relaciones entre el mercado y los ciudadanos, para que se pueda garantizar un ámbito de autoregulación fundado principalmente en la demanda, en el que estarían garantizadas las libertades individuales y la igualdad, en oposición al régimen interventor, permeado por la ineficiencia del peso de la máquina estatal⁶⁷³.

⁶⁷¹ “Mi proposición central es que regímenes de ciudadanía democráticos y socialmente inclusivos, ideales-típicos, se basan en un delicado equilibrio de poder entre Estado, mercado y ciudadanos en la sociedad civil, que es mediado a través de adjudicaciones colectivas en la esfera pública. Poder de mercado fuera de proporción perturba ese equilibrio cuidadosamente construido, ya que los riesgos y los costes de gestión de las fragilidades humanas bajo el capitalismo, previamente pagados por el gobierno y las corporaciones, se desplazan hacia trabajadores individuales y familias vulnerables”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, pp. 1 y 2 (la traducción es nuestra). Y continúa la autora: “Hoy en día, la sociedad global está drásticamente desequilibrada. Con los Estados Unidos en la vanguardia, estamos en una era en que el fundamentalismo de mercado –el impulso para someter toda la vida social y la esfera pública a los mecanismos de mercado– se convirtió en el régimen prevalente de representaciones”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 2 (la traducción es nuestra).

⁶⁷² La autora en cuestión utiliza la expresión *market fundamentalism*, que traducimos por “fundamentalismo de mercado” en lugar de por “neoliberalismo” para evitar que se pueda confundir con la ideología del liberalismo histórico (menos Estado, más libertad, *laissez faire*). Sin embargo, SOMERS sostiene que ambas expresiones, *market fundamentalism* y neoliberalismo se relacionan y llevan en su naturaleza la idea de gobiernos dirigidos por el mercado y que actúan en favor de sus intereses. En palabras de SOMERS: “El neoliberalismo, en gran parte gracias a sus estrategias retóricas y discursos dirigidos a los medios, como también su asociación con el liberalismo clásico, evoca imágenes de antiestatismo de gobiernos pequeños. Neoliberalismo y fundamentalismo de mercado, entre tanto, no tienen nada que ver con regímenes *laissez-faire* de gobiernos pequeños. Éstos son, en verdad, regímenes de gobierno grande orientados al mercado, o el gobierno grande conquistado por el fundamentalismo de mercado [...]”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 74, N. 15 (la traducción es nuestra).

⁶⁷³ “Con el término «mercado», el fundamentalismo de mercado generalmente evoca una imagen de un sistema a través del cual una racionalidad individual no compulsiva es místicamente coordinada (la «mano invisible») para producir tanto liberalidad como eficiencia, todo sin necesidad de poder político o coerción gubernamental. [...] El mercado es el medio por el cual la oferta y la demanda son equilibradas en relación con el mecanismo de precios de una forma que transmite informaciones e incentivos para que el intercambio voluntario de trabajo y de bienes entre los individuos produzca la utilización ideal de recursos productivos. En su estado de equilibrio abstracto e idealizado, el mercado es conceptuado por fundamentalistas de mercado como si estuviera organizado alrededor de un sistema de incentivos materiales”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 74 (la traducción es nuestra). Y continúa la autora: “Normativamente, los fundamentalistas de mercado creen que, al ser desregulado, el mercado no

Obviamente, el alejamiento del Estado no es natural, sino consecuencia de las presiones que el mercado global, hoy actuante en muchas direcciones, acaba imponiendo a las fuerzas políticas.

En esa relación triádica, sin la cooperación del Estado resultan evidentes las debilidades de la ciudadanía ante el poder económico, cuya conexión con los medios de comunicación reitera la cultura de la necesidad del trabajo, del deseo de éxito profesional y económico y de la obligación del consumo⁶⁷⁴. El mercado necesita expandirse, aunque sea en detrimento de los derechos del individuo, aun debilitando su salud, aun llevándolo a la marginalidad. Para esto, también se ha encontrado una solución.

La cultura del fundamentalismo de mercado exalta la meritocracia y los valores contrarios al *welfare* y promueve lo que SOMERS denomina “*conversion narratives*”, es decir, los procesos de convencimiento fundados en la inversión de la lógica en relación a la dependencia del individuo respecto del Estado y su comportamiento inerte ante las oportunidades de lograr una vida exitosa⁶⁷⁵. Siguiendo este planteamiento, se entiende que el *market fundamentalism* valora positivamente la flexibilización de las relaciones laborales y la libertad del sujeto

sólo es suficiente e ideal; también es la única forma legítima de organizar una sociedad libre caracterizada por la universalidad, igualdad ante la ley, libertad de contrato y voluntarismo. Por extensión, ellos también creen que la intervención del Estado, regulación política, «ingeniería social» y, en especial, el planeamiento, no son apenas mecanismos de debilitación del mercado, ineficiencia, fomentos peligrosos, e inevitable empobrecimiento; ellos también ven estas formas de regular el capital como violaciones profundamente inmorales de la libertad y de las libertades individuales de las personas por vía de sus derechos naturales esenciales como seres humanos”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 75 (la traducción es nuestra).

⁶⁷⁴ En ese juego de convencimiento, como sostiene HAN, las necesidades del capital son percibidas como necesidades del ciudadano: “Ya no trabajamos para nuestras necesidades, sino para el capital. El capital genera sus propias necesidades, que nosotros, de forma errónea, percibimos como propias”. HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. Alfredo Bergés, Barcelona, Herder Editorial, 2014, p. 19.

⁶⁷⁵ “[Narrativas de conversión] son previsiones de inducción de temor destinadas a convertir las narrativas dominantes de una cultura de los preceptos sociales en los del mercado, al prever las terribles implicaciones morales y económicas de continuar en el actual curso de la política social. [...] Estos son los dos discursos públicos que redirigen la responsabilidad y la culpa de los problemas sociales de las condiciones estructurales hacia supuestos defectos de carácter moral individual, tales como dependencia, indolencia, irresponsabilidad, falta de iniciativa, promiscuidad y parasitismo en el cuerpo político. Al mismo tiempo, las narrativas de conversión del fundamentalismo de mercado han trabajado para reemplazar comprensiones alternativas de la realidad, que buscan normalizar y justificar la cada vez mayor introducción del mercado en áreas políticas, culturales, sociales y civiles anteriormente aisladas de la penetración del mercado”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 3 (la traducción es nuestra).

frente a las intervenciones del poder público. En el mismo sentido y con las mismas intenciones, en general se tiende a criticar a aquéllos que no han logrado éxito en las nuevas circunstancias, que no han buscado formación educacional adecuada, que se encuentran en el paro, que necesitan inversiones públicas para lograr acceso a los servicios sociales más básicos. Esa cultura de la “libertad” ante el Estado y de la condena social de los excluidos lleva en sus entrelíneas una gran crueldad con los individuos marginados, pues esos sujetos, antes objeto de interés por parte del poder público, empiezan ahora a ser criticados por su parasitismo, pues se entiende que si no han logrado éxito es por su propia responsabilidad, independientemente de las circunstancias que hayan podido encontrar en el camino⁶⁷⁶.

La mencionada idea respecto a la exclusión nos lleva naturalmente a analizar el concepto de ciudadanía planteado por SOMERS. La autora sostiene que éste no debe referirse meramente a la identificación del individuo con una comunidad por sus lazos jurídicos, sino a la posibilidad de su participación en el disfrute de los derechos y beneficios de los demás miembros de la comunidad. La erosión de los derechos de la ciudadanía, así como del propio sentido de este término, someten a los individuos más débiles y expuestos a la mala cara del mercado a un estado de desamparo, tanto social, como también jurídico. SOMERS sostiene además que estos sujetos, sometidos a una condición de precariedad y alejados de los valores morales de una sociedad conservadora que preserva el crecimiento económico, en especial la participación en el mercado consumidor, dejan de tener relevancia tanto para el poder público, como para el económico y se convierten en seres desechables. Por lo tanto, la inclusión no se realizaría garantizando los derechos a la ciudadanía o por medio del respeto a los derechos humanos, sino a través de la identificación del sujeto por parte de los demás como un semejante, como individuo que forma parte del mercado⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ “En este tipo de debates, la aceptación de la exclusión se ve justificada, como se ha sugerido, por la interrelación entre el discurso neoliberal del parasitismo y la carencia de la disciplina del trabajo, y la retórica neoconservadora de los déficits de autocontención y la falta de merecimiento de la solidaridad colectiva”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 57.

⁶⁷⁷ “Pero la tragedia para los pobres urbanos que tienen poco valor para permutar el régimen contractual de hoy, no es la miseria de la mercantilización; es que ellos son considerados de tan poco valor, que muy pocos quieren mercantilizarlos. Sin embargo, en un régimen fundamentalista de mercado en que la contractualización ordena, precisamente un empleo remunerado es lo que

No parecen por tanto exagerados los planteamientos teóricos sobre la mutación del *welfare*, en el que el trabajo es un derecho fundamental para la inclusión social, en *workfare*, en el que la práctica laboral como estilo de vida es una garantía de pertenencia del sujeto al colectivo social⁶⁷⁸.

En efecto, con el alejamiento del Estado y la organización de la sociedad por la orientación otorgada por el mercado, estamos ante una ostensible manipulación de los derechos fundamentales⁶⁷⁹, de la cual resulta el deterioro no sólo de acciones afirmativas que podrían minimizar algunas de las divergencias sociales que conducen a innumerables conflictos (cuestiones de raza, género, orientación sexual o religiosa), sino también del propio concepto de ciudadanía, que al fundarse en nuevos parámetros mercadológicos, parece intencionadamente impedir a los individuos residuales ser reconocidos y respetados como iguales, y

posibilita el reconocimiento de los demás – y, con eso, la inclusión en una comunidad política, civil y social”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, pp. 116 y 117 (la traducción es nuestra). En efecto, como sostiene KATZ al analizar las observaciones de SOMERS, en realidad, actualmente, ya se han encontrado formas de “cosificar” a los pobres, es decir, convertirlos en mercancías. Al respecto, manifiesta el autor: “Hasta terminar algunas investigaciones recientes, yo podría haber dejado pasar esta afirmación sin cuestionarla. Pero, para mi sorpresa, existen movimientos mundiales proyectados tanto para mercantilizar a los pobres, como para abrazarlos dentro de la estructura de los mercados. Yo los denomino «nuevas tecnologías de trabajo de la pobreza», e identifiqué cuatro de ellas: reconstrucción de mercados en los centros de las ciudades (pobres como consumidores); microfinanzas (pobres como emprendedores); construcción de activos (pobres como ahorradores capitalistas) y transferencias condicionales de dinero (pobres como actores racionales)”. KATZ, Michael B., “On Genealogies of Citizenship by Margaret Somers”, en *Socio-economic Review*, 9 (2), 2011, p. 397 (la traducción es nuestra).

⁶⁷⁸ Sobre ese tema aclara BRANDARIZ GARCIA que el tránsito desde el *welfare* hasta el *workfare* representa de hecho el paso del “[...]” modelo de regulación socioeconómica en el que se pretendía garantizar el bienestar incluso en situaciones y periodos de no acceso al empleo, a otro en el que ni siquiera el desarrollo de un trabajo asalariado asegura la superación de los umbrales de pobreza y la satisfacción de necesidades básicas. Dicho de otro modo, el tránsito de un modelo en el que el trabajo asalariado, como condición fundamental de inclusión social, es contemplado como un derecho que debe ser garantizado por el Estado a otro esquema en el que aparece como una *obligación de ciudadanía*”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, pp. 60 y 61 (la cursiva pertenece al original).

⁶⁷⁹ “Contra el peligroso movimiento de organizar la sociedad exclusivamente a través de principios de mercado, mi argumento es que el frágil proyecto de sostener derechos democráticos socialmente inclusivos exige los poderes neutralizadores de un Estado Social, una esfera pública robusta para responsabilizarlo y una sociedad civil de relaciones resistentes. Reconstruir las condiciones sociales, históricas y epistemológicas que apoyan o incapacitan este proyecto, torna posible teorizar de forma más general sobre el conjunto de derechos en el amago de regímenes democráticos y de ciudadanía socialmente inclusivos. Incluidos aquí, están libertades legales y civiles e igual acceso a la justicia; derechos de participación que permiten el ejercicio significativo de todos los demás. Bienes concebidos e individuales, sin embargo, son derechos volátiles. Como todos los derechos, son bienes públicos y, por lo tanto, sólo pueden ser sostenidos por una alianza de poder público, sociedad política y prácticas sociales de reconocimiento moral equivalente”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 5 (la traducción es nuestra).

consecuentemente disfrutar las mismas condiciones y beneficios que los demás miembros de una sociedad⁶⁸⁰. Por ello, se suele deducir la responsabilidad del fundamentalismo de mercado en relación a la exclusión enfrentada por tantos individuos, no sólo de los países con economías desarrolladas, sino también de aquéllos con quienes éstos se relacionan comercialmente⁶⁸¹.

SOMERS se basa en la idea de ARENDT respecto al “derecho a tener derechos”⁶⁸² como argumento para aclarar el sentido del concepto de ciudadanía y los maleficios que su deterioro puede ocasionar. No profundizaremos aquí, por alejarse de nuestro tema, en los detalles del análisis de ARENDT en relación a la pérdida de ciudadanía por parte de las minorías étnicas, que se convirtieron en apátridas como consecuencia de las guerras mundiales y de los acuerdos internacionales para alejarlas del poder político. Sin embargo, es importante mencionar que esta autora acertadamente encuentra una conexión entre la pérdida del carácter de ciudadano de esos millares de individuos y el deterioro de sus derechos humanos⁶⁸³. Para ARENDT, a partir del momento en que se entiende que determinados sujetos no forman parte de un grupo gobernado por un Estado, cuyos derechos estén garantizados por la legislación, éstos pasan a ser vistos como una

⁶⁸⁰ Como se puede observar, este punto de vista se relaciona con lo que SOMERS entiende por inclusión social: “Cuando menciono inclusión social, me refiero al derecho al reconocimiento por otros como un igual moral, tratado con las mismas normas y valores y debido el mismo nivel de respeto y dignidad que a todos los demás miembros”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 6 (la traducción es nuestra).

⁶⁸¹ “El fundamentalismo de mercado no fue, de ninguna forma, la única causa de las exclusiones sociales de hoy. Sin embargo, desde 1970 ha servido para radicalmente exacerbar las exclusiones de raza y clase al deslegitimar primero la acción afirmativa y, a continuación, insertar las crueldades impersonales de un mercado «daltonico» a estas diferencias preexistentes «primordialmente» definidas”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 5 (la traducción es nuestra).

⁶⁸² “Llegamos a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergieron millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva situación política global. Lo malo es que esta calamidad surgió no de ninguna falta de civilización, del atraso o de la simple tiranía, sino, al contrario, que no pudo ser reparada porque ya no existía ningún lugar «civilizado» en la Tierra, porque, tanto si nos gustaba como si no nos gustaba, empezamos a vivir realmente en Un Mundo. Sólo en una Humanidad completamente organizada podía llegar a identificarse la pérdida del hogar y del *status* político con la expulsión de la Humanidad”. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), 2004, p. 375.

⁶⁸³ “Los Derechos del Hombre, después de todo, habían sido definidos como «inalienables» porque se suponía que eran independientes de todos los Gobiernos; pero resultó que en el momento en que los seres humanos carecían de su propio Gobierno y tenían que recurrir a sus mínimos derechos no quedaba ninguna autoridad para protegerles ni ninguna institución que deseara garantizarlos”. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), 2004, p. 370.

subcategoría de individuos que no sólo no pertenecen a ningún hogar, sino que tampoco tienen quien les proteja⁶⁸⁴.

Desde este punto de vista, el sujeto deja de ser tanto destinatario como objeto de la legislación, lo que le somete a una condición de exposición a todos los tipos de violencia, en especial a la promovida por el propio Estado. El planteamiento presentado por ARENDT se ejemplifica a través de la legislación nazi respecto a la pérdida de la ciudadanía alemana por parte de los judíos introducida por la Ley de Nuremberg, mencionada anteriormente, la cual excluía los derechos políticos de estos individuos por pasar a considerarles ciudadanos de segunda clase, en contraposición a los ciudadanos completos, es decir, los alemanes arios⁶⁸⁵. Para la citada autora, esta condición les expuso a una fragilidad jurídica que permitió su expatriación a los campos de concentración y trabajo, no sólo en Alemania, sino también en las demás zonas ocupadas por este país, pues como no eran ciudadanos, al gobierno no le interesaría su conservación.

La reflexión de ARENDT, sin embargo, no debería quedar reducida al análisis histórico de aquel período, pues aunque nuestro tiempo se caracterice por la actuación de fuerzas y lógicas distintas de la de los gobiernos totalitarios y de los Estados fascistas, lo que, de una forma o de otra, se puede observar durante toda la historia del castigo moderno es la necesidad de control y gestión, por los detentadores del poder, de determinados individuos y grupos sociales, relacionados con el comportamiento o con la moral, por cuestiones étnicas o biológicas, políticas o religiosas. Estas cuestiones, que generan algún tipo de diferenciación entre los sujetos que forman o no parte de una comunidad, caracterizándoles entre los que tienen o entre los que no tienen derecho a tener derechos, han sido utilizadas como argumento facilitador del discurso de exclusión desde los movimientos positivistas

⁶⁸⁴ Al comentar el planteamiento de ARENDT, señala SOMERS: “Éste fue el genio de las políticas de desnaturalización del fascismo, que fue imitado por los estados sucesores que siguieron el ejemplo alemán. Ellos entendieron que las personas fuera de una comunidad política dejarían de inducir el reconocimiento social y, por lo tanto, provocarían repulsa aún en los estados más liberales”. SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, 2010, p. 122.

⁶⁸⁵ “En la Alemania nazi las Leyes de Nuremberg, con su distinción entre ciudadanos del Reich (ciudadanos completos) y nacionales (ciudadanos de segunda clase sin derechos políticos), habían abierto el camino para una evolución en la que, eventualmente, todos los nacionales de «sangre extranjera» podían perder su nacionalidad por decreto oficial; sólo el estallido de la guerra impidió que entrara en vigor la correspondiente legislación, que había sido detalladamente preparada”. ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), 2004, pp. 365 y 366.

del siglo XIX, pasando por los extremos del período totalitario, hasta el *welfare* penal. En todos esos momentos, la legislación penal parece haber sido utilizada para facilitar la categorización de los sujetos a alejar porque necesitaban convertirse en algo mejor o diferente de su naturaleza, de forma que pudieran atender mejor al funcionamiento del sistema.

El punto que atrae nuestra atención, ante esos planteamientos, es el continuo argumento de la pérdida de la condición de ciudadano y la renovación de la idea de la existencia de no-personas, las cuales no tienen el derecho de disfrutar de las mismas garantías que los demás miembros de la comunidad, argumento sostenido por un sector de la doctrina penal contemporánea, en especial por JAKOBS, como vimos en el capítulo anterior.

Siguiendo este planteamiento, no sería casualidad el deterioro de la ciudadanía para muchos individuos en los países desarrollados, como señala SOMERS, y la consiguiente vuelta a los debates criminales acerca de la necesidad de un tratamiento jurídico especialmente negativo para aquellos considerados no ciudadanos o no personas, a los que se refiere JAKOBS.

Obviamente, no pretendemos equiparar los conceptos de ciudadanía utilizados por SOMERS y JAKOBS. Sin embargo, creemos que de estos planteamientos, desarrollados por autores de contextos académicos tan diversos, se podría deducir que de hecho hay sujetos que al Estado no le interesa proteger, sino alejar, precisamente porque no se adecuan a la funcionalidad sistémica que les toca. La deducción a que nos llevan los planteamientos de SOMERS es que esa desvaloración tiene relación con la inutilidad del sujeto ante el mercado: inutilidad porque no puede convertirse en fuerza productiva; porque ponerse, voluntariamente o no, al margen del universo laboral naturalmente le reduce a la condición de no consumidor; o porque se entiende que sus elecciones individuales le convirtieron en fuente de riesgo. Lo que hace JAKOBS es apuntar la inutilidad de determinados individuos especialmente categorizados por su libertad cognitiva, percibidos como incapaces de respetar la ley, condición aparentemente imposible de revertir, y que les confiere la imagen de una fuente de riesgo a eliminar.

En cualquier caso, la relación entre el no ciudadano de JAKOBS y el identificado por SOMERS enfrentan niveles de exclusión muy similares, explicables

en nuestra opinión a través de un análisis acerca del poder y de como éste se relaciona con el castigo.

II. PODER Y CASTIGO

A. CASTIGO MODERNO Y PODER PUNITIVO

Observando las circunstancias sociales de la actualidad, a las que ya nos hemos referido, los paradigmas expuestos por el neoliberalismo y la racionalidad punitiva que de ellos se deriva parecen complementarse y ser mutuamente dependientes. Sin embargo, para llegar a conclusiones más acertadas respecto a esa relación, parece necesario que observemos la pena moderna y la sucesión de escenarios político-criminales que con ella se han cruzado, especialmente desde el siglo XVIII y la instauración del liberalismo como principal modelo económico.

En esa línea de investigación, resulta obligatorio recurrir a los interesantes análisis de FOUCAULT sobre las estructuras y aparatos de poder, y sobre las mecánicas del castigo y dominio de los cuerpos que se instalan desde el mencionado período histórico. Y por ello en este epígrafe seguiremos de cerca sus aportaciones.

Como expone este autor, la necesidad de control de la producción y de la distribución de la mercancía es precisamente el punto de partida que conduce a la necesidad de transformación de los fines de la pena pre-moderna, fundamentada en los castigos corporales y en la voluntad del soberano.

En ese tiempo, los Estados mantenían una organización interna que se basaba en el poder de policía, a través del cual el gobernante tenía el control de las principales actividades económicas, y que se legitimaba por la necesidad de mantener el equilibrio ante las amenazas exteriores, no sólo militares, sino principalmente frente a la competencia de los mercados extranjeros⁶⁸⁶. Por lo tanto,

⁶⁸⁶ “[...] en el orden de lo que hoy llamaríamos política interna, ¿qué implica el Estado de policía? Pues bien, implica justamente un objetivo o una serie de objetivos que podríamos calificar de ilimitados, en cuanto la cuestión, para quienes gobiernan ese Estado, pasa por tomar en cuenta y hacerse cargo de la actividad no sólo de los grupos, no sólo de los diferentes estamentos, esto es, de los diferentes tipos de individuos con su estatus particular, sino de la actividad de las personas hasta el más tenue de los detalles”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France (1978-1979)*, trad. Horacio Pons, reimpresión, Madrid, Akal, 2012, p. 19. Y continúa el autor: “Es decir que, en cuanto poder independiente frente a los otros poderes, quien gobierna según la razón de Estado

toda la cadena por la cual se desarrolla la producción necesitaba ser seguida y, de alguna forma, gestionada por el poder político.

Sin embargo, a partir del siglo XVIII se empieza a cuestionar la necesidad de controlar la razón gubernamental bajo la idea de la economía política⁶⁸⁷. En ese nuevo “arte de gobernar”⁶⁸⁸, las prácticas procedentes del Estado dejarían de ser espontáneas y pasarían a ser gestionada con fines de dirigir los efectos de las mismas hacia determinados objetivos, racionalizando los recursos utilizados y optimizando los resultados⁶⁸⁹.

El problema a resolver en ese momento histórico es el de justificar la imposición de limitaciones al poder estatal, cuya libertad de actuación y exceso de intervención dejan de ser interesantes en ese contexto económico. Desde luego, se procura establecer la idea de utilidad como principio limitador de la intervención del Estado, pues se entiende que ésta debería tener lugar sólo en las esferas y en los

tiene objetivos limitados. En cambio, cuando debe manejar un poder público que regula el comportamiento de los sujetos, el objetivo de quien gobierna es ilimitado. La competencia entre Estados es la bisagra entre esos objetivos limitados e ilimitados, pues justamente para poder entrar en competencia con los otros Estados, es decir para mantenerse en una situación de equilibrio siempre desequilibrada, un equilibrio competitivo con los demás Estados, el que gobierna va [a tener que reglamentar la vida de] sus súbditos, su actividad económica, su producción, el precio [al cual] van a vender las mercancías, el precio al cual van a comprarlas, etcétera [...]. La limitación del objetivo internacional del gobierno según la razón de Estado, la limitación en las relaciones internacionales, tiene por correlato una falta de limitación en el ejercicio del Estado de policía”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 20.

⁶⁸⁷ “En lo fundamental, creo que la economía política es lo que permitió asegurar la autolimitación de la razón gubernamental. [...] [L]a economía política –a diferencia, justamente, del pensamiento jurídico de los siglos XVI y XVII– no se desarrolla fuera de la razón de Estado. No se desarrolló contra ella ni para limitarla, al menos en primera instancia. Al contrario, se formó en el marco mismo de los objetivos que la razón de Estado había fijado al arte de gobernar, porque, después de todo, ¿qué objetivos se propone la economía política? Se propone el enriquecimiento del Estado. Se propone el objetivo del crecimiento simultáneo, correlativo y convenientemente ajustado de la población por un lado y de los artículos de subsistencia por otro”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 27.

⁶⁸⁸ FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 37.

⁶⁸⁹ “La economía política reflexiona sobre las mismas prácticas gubernamentales y no las examina en términos de derecho para saber si son legítimas o no”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 28. Y continúa el autor: “Creo que ese nuevo arte de gobernar se caracteriza en esencia por la introducción de mecanismos a la vez internos, numerosos, complejos, pero cuya función –en este aspecto, si se quiere, se marca la diferencia con respecto a la razón de Estado– no consiste tanto en asegurar un aumento de la fuerza, la riqueza y el poder del Estado, [el] crecimiento indefinido del Estado como en limitar desde adentro el ejercicio del poder de gobernar”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 37.

momentos en que fuera necesario para la economía⁶⁹⁰. En estas nuevas circunstancias, el Estado se convierte en un importante agente gestor de los intereses individuales y colectivos, como sostiene FOUCAULT, de forma que su participación termina buscando el equilibrio entre los intereses sociales y las necesidades de ganancia del mercado⁶⁹¹.

El modelo económico que pasa a superponerse al mercantilismo (que demanda más libertad ante la intervención estatal y que trata de insertar en las decisiones políticas orientaciones de índole sistemática y pragmática), también se refleja en el sistema punitivo y pone en marcha una nueva tecnología del castigo dedicada a la maximización de los efectos del poder, precisamente comprometida con la disminución de sus costes, con el acercamiento del Estado a las dinámicas de producción y con el alejamiento de las resistencias disidentes, características de los conflictos provenientes del contexto monárquico⁶⁹².

Ese movimiento se legitima mediante el artificio retórico de la búsqueda por la humanidad de la pena como un medio de limitar el ejercicio del poder punitivo, a través del cual los suplicios y la falta de reglas objetivas pasan a ser entendidos como irracionales, no sólo en lo relativo a la venganza del soberano, realizada mediante la ejecución del castigo, sino también en lo que respecta a la participación del pueblo en el apoyo y celebración de determinadas condenas⁶⁹³.

⁶⁹⁰ "Intercambio por el lado del mercado, utilidad por el lado del poder público. [...] Intercambio para las riquezas, utilidad para el poder público: así articula la razón gubernamental los principios fundamentales de su autolimitación". FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 55.

⁶⁹¹ "Ahora, el interés cuyo principio debe obedecer la razón gubernamental es interés en plural, un juego complejo entre los intereses individuales y colectivos, la utilidad social y la ganancia económica, entre el equilibrio del mercado y el régimen del poder público; es un juego complejo entre derechos fundamentales e independencia de los gobernados. El gobierno, o en todo caso el gobierno en esta nueva razón gubernamental, es algo que manipula intereses". FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 56.

⁶⁹² Para FOUCAULT, el siglo XVIII "[...] elaboró lo que podríamos llamar una nueva economía de los mecanismos de poder: un conjunto de procedimientos y, al mismo tiempo, de análisis, que permiten mejorar los efectos del poder, disminuir el coste del ejercicio del poder e integrar el ejercicio del poder a los mecanismos de producción. [...] Se va también a disminuir su coste, en el sentido de que se van reducir las posibilidades de Resistencia, de descontento, de revuelta, que el poder monárquico podría suscitar". FOUCAULT, Michel, *Os anormais. Curso no Collège de France* (1974-1975), trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2013, p. 74 (la traducción al español es nuestra).

⁶⁹³ "Hay que castigar de otro modo: deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera del pueblo, por intermedio del ajusticiado y el Verdugo". FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 85.

Naturalmente, las propuestas de los reformadores no se pueden analizar al margen del contexto socioeconómico de la época, pues nacen en un contexto en el que el liberalismo procura establecerse y ramificarse por todos los segmentos del poder político. No por casualidad, las orientaciones hacia un nuevo sistema penal surgen de intelectuales muy cercanos a las ciencias económicas⁶⁹⁴ y se legitiman, precisamente, ante la necesidad de control de nuevas formas delictivas, características de la sobrevaloración de la propiedad. Si por un lado el desarrollo económico genera una mejora en las condiciones de vida de la población y promueve una disminución de delitos violentos ocasionales, por otro lado estimula la realización de hechos criminales relacionados con el patrimonio, los cuales demuestran una tendencia a la profesionalidad y la habitualidad del delincuente⁶⁹⁵.

Evidentemente, el propio capitalismo y las transformaciones provocadas por él son aquello que despierta esas nuevas modalidades criminales y altera el comportamiento de los individuos ante lo que se puede poseer. Y como consecuencia del surgimiento de un modelo económico que reconfigura la jerarquía social, no sólo crece la intolerancia entre las clases burguesas frente a determinados delitos cometidos por las clases más bajas, sino que se concreta la relación entre el hecho y la punición debida, lo que, naturalmente también transforma la lógica punitiva establecida sobre la relación entre la ley y la voluntad del soberano⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ “[...] los primeros economistas eran al mismo tiempo juristas y personas que planteaban el problema del derecho público. Beccaria, por ejemplo, teórico del derecho público esencialmente bajo la forma del derecho penal, también era economista”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France (1978-1979)*, 2012, p. 49. Y continúa el autor: “Bentham, teórico del derecho público, era a la vez un economista y escribió libros de economía política”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France (1978-1979)*, 2012, p. 50.

⁶⁹⁵ “Desde fines del siglo XVII, en efecto, se nota una disminución considerable de los crímenes de sangre y, de manera general, de las agresiones físicas; los delitos contra la propiedad parecen remplazar a los crímenes violentos, el robo y la estafa, a las muertes, las heridas y los golpes; la delincuencia difusa, ocasional, pero frecuente, de las clases más pobres es sustituida por una delincuencia limitada y «hábil» [...]”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión (1975)*, 2012, pp. 87 y 88.

⁶⁹⁶ “En términos generales, el surgimiento de una economía capitalista provocó actitudes nuevas y más estrictas por parte de la naciente clase media frente a la no observancia de la ley y las infracciones de las clases populares. Dichas infracciones, tales como evasión de impuestos y rentas, contrabando, robo, y hurto –frecuentes y ampliamente aceptadas en la economía terrateniente del *ancien régime*– adquirieron la apariencia menos tolerable de violaciones a la propiedad. [...] Cuando las grandes reformas al derecho penal recorrieron Europa al inicio del siglo XIX, implantando códigos, calificando delitos y el grado de las penas, reorganizando procedimientos y jurisdicciones, éstas se orientaron hacia esos dos propósitos. La penalidad se adaptaba a las nacientes estructuras de la

Al mismo tiempo en que se estructura una nueva cultura de la propiedad y que se empieza a despreciar los hechos que niegan dicha cultura, el aparato estatal de persecución de los delitos también se vuelve protagonista al erigirse como un medio importante en la lucha contra la criminalidad, ahora en combinación con nuevos métodos de vigilancia que provocan que la intervención penal esté presente no sólo en la ejecución del delito⁶⁹⁷. Cambios importantes que muestran modificaciones profundas en la estructura social y en la mecánica punitiva.

Sin embargo, el argumento utilizado para implementar reformas que de hecho pudieran convertir el sistema penal en una estructura más ordenada y planificada se basa en la crítica al exceso de crueldad en los castigos corporales. Por ello, se asumía que el poder punitivo debería ser controlado, pues la irregularidad en la imposición tanto de la persecución, como de la punición, abría camino a una inestabilidad y una desproporción entre la reacción estatal y el hecho ilegal que la provocaba⁶⁹⁸.

Para FOUCAULT, más que con el respeto a la humanidad del sujeto o con un modelo punitivo más sensible respecto del individuo, la reforma estaba comprometida con la búsqueda de una justicia mejor distribuida, pues la irregularidad del castigo (esto es, la posibilidad de que determinados sujetos fueran sobrepenados, mientras que otros, por pertenecer a una clase social favorecida, pudieran ser protegidos de la condena por el soberano o por la corrupción de la justicia) evidenciaba la falta de coherencia en la respuesta al comportamiento criminal, además de una distribución desordenada del poder⁶⁹⁹.

modernidad". GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha, 2ª. reimpresión, Madrid, Siglo XXI, 2010, p. 172.

⁶⁹⁷ "De hecho, la derivación de una criminalidad de sangre a una delincuencia de fraude forma parte de un mecanismo complejo en el que figuran el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una valorización jurídica y moral más intensa de las relaciones de propiedad, métodos de vigilancia más rigurosos, una división en zonas más ceñida de la población, técnicas más afinadas de localización, de captura y de información: el desplazamiento de las prácticas ilegalistas es correlativo a una extensión y un afinamiento de las prácticas punitivas". FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 90.

⁶⁹⁸ Acerca del discurso de los reformadores, sostiene FOUCAULT: "Lo que atacan en efecto en la justicia tradicional, antes de establecer los principios de una nueva penalidad, es indudablemente el exceso de los castigos; pero un exceso que va unido más a una irregularidad que a un abuso del poder de castigar". FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 91.

⁶⁹⁹ "El verdadero objetivo de la reforma, y esto desde sus formulaciones más generales, es menos fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos que establecer una nueva «economía» del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté

Siguiendo este planteamiento, si es verdad que la universalización del castigo, establecida por reglas más claras, equipara a los súbditos ante la justicia y el tratamiento recibido ante la desviación de su conducta; si es verdad que la concentración del poder sancionador en las manos de la justicia, bajo los mismos criterios y la misma orientación, excluye naturalmente los extremos (los sobrepenados y los infrapenados), se puede concluir que también es verdad que el derecho de punir, en esa nueva realidad, alcanzará a más personas. De lo que se extrae que, al comunicarse la ley a más individuos, tanto el ejercicio del poder coercitivo como la intimidación terminarían alcanzando una mayor eficiencia⁷⁰⁰.

Al comunicarse con un mayor número de súbditos, se empieza además a penalizar desde los hechos más graves, hasta los menos relevantes, que quizás fueran ignorados por el modelo político anterior. Los «ilegalismos»⁷⁰¹ cometidos por todas las clases sociales, a los que se refiere FOUCAULT, prohibidos pero no perseguidos y de alguna forma, quizá, tolerados, se convierten en objeto de control. La necesidad de definir claramente lo que no está permitido es una conclusión que se extrae sin gran dificultad⁷⁰², así como la necesidad de codificación de los comportamientos ilegales y la publicidad de los mismos.

La nueva lógica del castigo altera también la concepción del delincuente, que ahora se encuentra en la condición de enemigo de todos los signatarios del contrato

ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social. La reforma del derecho criminal debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, siguiendo modalidades que vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos [...]”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 93 y 94.

⁷⁰⁰ “Y la «reforma» propiamente dicha [...] es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, cuyos objetivos centrales eran hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino mejor; castigar con una severidad atenuada, quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 95.

⁷⁰¹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 95 y ss.; y “A propósito del encierro penitenciario” (1973), en Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, 3ª. ed., Madrid, Alianza, 2012, pp. 91 y ss.

⁷⁰² “Es, pues, necesario controlar y hacer entrar en el código todas estas prácticas ilícitas. Es preciso que las infracciones estén bien definidas y seguramente castigadas, que en esta masa de irregularidades toleradas y sancionadas de manera discontinua con una resonancia desproporcionada se determine lo que es infracción intolerable y que se someta a su autor a un castigo que no pueda eludir”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 100.

social. Si en la realidad anterior el hecho criminal representaba un daño a la autoridad del soberano y la pena se entendía como la reacción de éste a la ofensa, en el nuevo escenario el Estado, titular del *ius puniendi*, reacciona en nombre de todos los ciudadanos, lesionados conjuntamente y metafóricamente por el delito⁷⁰³. De esta forma, se empieza a introducir en la legislación penal tanto la idea de la necesidad de eliminación de los enemigos, como de la relevancia de la protección del colectivo ante la monstruosidad de quienes le amenazan⁷⁰⁴.

Hay que tener en cuenta, además, que, como pone de manifiesto FOUCAULT, las nuevas orientaciones propuestas por los reformadores vienen de la mano de una nueva finalidad para el castigo, pues ahora se entiende que más relevante que el perjuicio material resultante del delito, son los daños colaterales que éste puede provocar en la cohesión del cuerpo social, es decir, la posibilidad de repetición del hecho, o por el propio delincuente, o por otros sujetos que puedan imitarlo⁷⁰⁵. Hechos que precisan ser prevenidos, sin embargo, de forma discreta, para que la colectividad pueda darse cuenta de las consecuencias resultantes de la violación de la norma pero sin la necesidad del espectáculo punitivo de otros tiempos, que podría deslegitimar el propio castigo⁷⁰⁶.

Para ser aceptada por la colectividad, la pena necesitaría perder su carácter arbitrario, tendría que parecer una respuesta adecuada al delito cometido, sin

⁷⁰³ “El criminal aparece entonces como un ser jurídicamente paradójico. Ha roto el pacto, con lo que se vuelve enemigo de toda la sociedad, pero participa en el castigo que se ejerce sobre él. El menor delito ataca a la sociedad entera y la sociedad entera -incluido el delincuente- se halla presente en el menor castigo. El castigo penal es, por lo tanto, una función generalizada, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 103.

⁷⁰⁴ “Se constituye de esta suerte un formidable derecho de castigar, ya que el infractor se convierte en el enemigo común. Peor que un enemigo, incluso, puesto que asesta sus golpes desde el interior de la sociedad y contra ésta: un traidor. [...] El derecho a castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 104.

⁷⁰⁵ “[...] el daño que hace un crimen al cuerpo social es el desorden que introduce en él: el escándalo que suscita, el ejemplo que da, la incitación a repetirlo si no ha sido castigado, la posibilidad de generalización que comporta. Para ser útil, el castigo debe tener como objetivo las consecuencias del delito, entendidas como la serie de desórdenes que es capaz de iniciar”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 107.

⁷⁰⁶ “El ejemplo no es ya un ritual que manifiesta, es un signo que obstaculiza. A través de esta técnica de los signos punitivos, que tiende a invertir todo el campo temporal de la acción penal, los reformadores piensan dotar el poder de castigar de un instrumento económico, eficaz, generalizable a través de todo el cuerpo social, susceptible de cifrar todos los comportamientos, y por consiguiente, de reducir todo el campo difuso de los ilegalismos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 108.

drama, sin terror, para que todos se sintieran representados por el poder punitivo. Para que todos pudieran entenderla como una reacción justa y proporcional⁷⁰⁷. Y para que las relaciones de poder que permean la condena y su ejecución quedaran disfrazadas bajo la aparente sensatez de un Estado que reacciona al delito, a todos ellos, en contra de todos los criminales. Por ende, la reforma se sostuvo con el argumento del respeto a la humanidad del que sufre la respuesta penal y de los que asisten a la imposición del castigo⁷⁰⁸.

Por lo tanto, el discurso que surge con el castigo moderno, de renovación del sistema penal para enfrentarse de manera eficaz al delito, se establece bajo la idea del control del poder punitivo y de la sumisión del mismo a determinadas reglas universales, entendidas como ideales para la objetividad del castigo y de los procedimientos judiciales. Desde este punto de vista, y sin perjuicio de los beneficios traídos por la transparencia de los actos jurídicos, por medio de esta nueva lógica del castigo el nuevo sistema penal facilitó la expansión del dominio del poder punitivo por todas las capas del cuerpo social, reconfiguró el sentido de la punición, atribuyó al delincuente la imagen del enemigo y transformó la idea del castigo, que deja de representar la imposición de un dolor físico y pasa a asociarse a un mal impuesto en contra del espíritu del sujeto⁷⁰⁹.

En consecuencia, la transición desde un castigo ilimitado y selectivo, fundado en la voluntad del soberano, hacia un modelo de castigo limitado, claro, universal, legitimado por la idea de la respuesta a la ruptura del contrato social, también convirtió la pena, antes intimidatoria y vengativa, en un “signo-obstáculo” a la

⁷⁰⁷ “El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga y, para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo. Ventaja en cuanto a la estabilidad de la relación, ventaja en cuanto al cálculo de las proporciones entre delito y castigo y en cuanto a la lectura cuantitativa de los intereses [...]”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 122.

⁷⁰⁸ “En el castigo analógico, el poder que castiga se oculta”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 122.

⁷⁰⁹ “Por debajo de la humanización de las penas, lo que se encuentra son todas esas reglas que autorizan o, mejor dicho, que exigen la «suavidad» en tanto economía calculada del poder de castigar. Pero piden también un desplazamiento en el punto de aplicación de este poder: que no sea ya el cuerpo, con el juego ritual de los sufrimientos extremados, de las marcas manifiestas en el ritual de los suplicios; que sea el espíritu o, más bien, un juego de representaciones y de signos circulando con discreción pero necesidad y evidencia en el ánimo de todos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 116 y 117.

realización del delito⁷¹⁰. Debería representar abstractamente el pesar por la lesión realizada, como una contradicción cuantitativa, con el fin de desincentivar la práctica criminal y, por tanto, de prevenir nuevos hechos delictivos. Éste es el nuevo sentido atribuido al castigo moderno⁷¹¹.

Evidentemente, ahora se asume que el ciudadano debe ser consciente de lo prohibido y de las consecuencias que sufrirá quien infrinja la prohibición. De esta premisa se pueden deducir las expectativas del Estado en relación con el uso de la racionalidad por parte de los eventuales ofensores, percibidos como capaces de comprender el mandato legal.

Como ya hemos mencionado, la nueva cultura punitiva no podría entenderse al margen del contexto económico de la época, en el que la vida productiva y el trabajo pasan a ser valorados como comportamientos ideales ante las nuevas necesidades de mano de obra. Es necesario ser útil al sistema y quienes no corresponden a esas expectativas, deben empezar a corresponder. El delito muestra esas malas virtudes: la pereza, la falta de honor, la búsqueda de una vida fácil que no respeta la propiedad, la vida o las elecciones de los otros⁷¹². Si el papel del condenado por el Absolutismo era ser el objeto y el ejemplo de la fuerza del soberano en contra de quien viola sus derechos, ahora su función debería ser la utilidad que podría ofrecer a la sociedad que ha dañado.

En cualquier caso, es importante señalar que el castigo deseado por los reformadores no estaba específicamente basado en la prisión, sino que ésta era considerada meramente como una de las muchas posibilidades de reacción estatal frente al delito. Como sostiene FOUCAULT, ya desde los orígenes de la idea de la reclusión se habían puesto de manifiesto algunos de los diversos perjuicios que de ella podrían derivarse y se había cuestionado tanto su utilidad a la sociedad, como la

⁷¹⁰ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 121.

⁷¹¹ “El arte de castigar debe apoyarse, por lo tanto, en toda una tecnología de la representación. [...] [S]e trata de constituir parejas de representación de valores opuestos, de instaurar diferencias cualitativas entre las fuerzas presentes, de establecer un juego de signos-obstáculo que puedan someter el movimiento de las fuerzas a una relación de poder”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 121.

⁷¹² “Reanimar un interés útil y virtuoso, que el delito prueba hasta qué punto se ha debilitado. El sentimiento de respeto a la propiedad –la de las riquezas, pero también la del honor, de la libertad, de la vida– ha desaparecido del malhechor cuando roba, calumnia, secuestra o mata. Es preciso, por lo tanto, hacérselo aprender de nuevo”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 124.

tiranía que podría representar⁷¹³. La pena de prisión era vista por los reformadores como un tipo de respuesta descomprometida con la idea de “pena-signo”⁷¹⁴, que, sin embargo, no tardó en convertirse en algo más, quizás no tan vinculado al argumento de la humanidad, sino más cercano a la idea de la vigilancia y de la utilidad que de esta pena podría extraerse. El condenado no puede convertirse en una carga para el Estado; hay que enseñarle las maravillas de la vida productiva y hacer productiva su vida en la cárcel.

Las propuestas de los reformadores fueron superadas por la nueva conyuntura. Era necesario que la tecnología del castigo evolucionara para que se pudiera extraer de la condena el máximo de beneficios posibles para la sociedad y el mercado. Finalmente, la prisión se convirtió en el principal medio del poder punitivo, el espacio ideal donde ejercitar la autoridad, la disciplina y la coerción. A través de ella el Estado vuelve a demostrar su interés por el dominio del cuerpo del condenado, ahora en combinación con el control de su espíritu y de su tiempo⁷¹⁵.

B. DISCIPLINA Y CONTROL DE LOS CUERPOS

Los nuevos métodos de dominación puestos en marcha a través de la prisión formaron parte de un movimiento mucho más complejo orientado a controlar al sujeto y a dirigir su comportamiento hacia determinados fines, pues se hizo evidente

⁷¹³ “[...] la utilización de la prisión como forma general de castigo jamás se presenta en estos proyectos de penas específicas, visibles y parlantes. Sin duda, está prevista la prisión, pero como una pena más; es entonces el castigo específico de ciertos delitos, los que atentan a la libertad de los individuos (como el rapto) o los que resultan del abuso de la libertad (el desorden, la violencia). También está prevista como condición para que determinadas penas puedan ser ejecutadas (el trabajo forzado, por ejemplo). [...] Mas todavía, la idea de un encierro penal es explícitamente criticada por muchos reformadores. Porque es incapaz de responder a la especificidad de los delitos. Porque carece de efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial, incluso [...]”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 133.

⁷¹⁴ “La prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-efecto, de la pena-representación, de la pena-función general, de la pena-signo y discurso. Es la oscuridad, la violencia y la sospecha”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 133.

⁷¹⁵ “El aparato de la penalidad correctiva actúa de una manera completamente distinta. El punto de aplicación de la pena no es la representación, es el cuerpo, es el tiempo, son los gestos y las actividades de todos los días; el alma también, pero en la medida en que es asiento de hábitos. El cuerpo y el alma, como principios de los comportamientos, forman el elemento al que se aplica ahora la intervención punitiva”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 150 y 151.

la utilidad que se podría extraer de la transformación del hombre proletarizado en beneficio de las mecánicas productivas⁷¹⁶.

Al respecto, como pone de manifiesto FOUCAULT existe una paradójica conexión entre el discurso de la libertad, característico del modelo económico de aquél momento histórico, y la necesidad de intervención estatal para garantizarla⁷¹⁷. Como sostiene este autor, la nueva razón gubernamental, para producir y garantizar la mencionada libertad, demandaba la obligatoria instauración de límites y coerciones, con el fin de ordenar los comportamientos de los agentes que se relacionaban en el mercado⁷¹⁸.

El intervencionismo del que trata FOUCAULT parecía estar orientado no sólo al mejor funcionamiento de las instancias económicas o políticas, sino que estaba relacionado también con la optimización de la participación de la fuerza laboral en el sistema, la cual, para mejor atender al capital, debería ser disciplinada de acuerdo con los intereses dominantes. Es importante mencionar que, como el capital invertido en la producción (materia prima, maquinaria, productos) se encontraba de cierta forma gestionado por el obrero, la preservación de las riquezas estaba naturalmente expuesta a las acciones de esos sujetos. De lo que se deduce la necesidad de disciplinarlos, de insertarlos en una cultura moral que les orientara a

⁷¹⁶ “A estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad-utilidad es a lo que se puede llamar «disciplinas»”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 159. Respecto del poder disciplinario, el autor agrega que “[n]o encadena las fuerzas para reducirlas; lo hace de manera que a la vez pueda multiplicarlas y usarlas. En lugar de plegar uniformemente y en masa todo lo que se le somete, separa, analiza, diferencia, lleva sus procedimientos de descomposición hasta las singularidades necesarias y suficientes”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 199.

⁷¹⁷ “Por lo tanto, la nueva razón gubernamental tiene necesidad de libertad, el nuevo arte gubernamental consume libertad. Consume libertad: es decir que está obligado a producirla. Está obligado a producirla y está obligado a organizarla”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 72.

⁷¹⁸ “Es preciso, por un lado producir la libertad, pero ese mismo gesto implica que, por otro, se establezcan límites, controles, coerciones, obligaciones apoyadas en amenazas, etcétera”. FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 72. Y continúa el autor: “Para que haya libertad de mercado interno no debe haber efectos monopolistas. Necesidad de una legislación antimonopolista. Libertad del mercado de trabajo, pero es preciso asimismo que haya trabajadores, que los haya en número bastante grande, trabajadores suficientemente competentes y calificados, trabajadores que carezcan de armas políticas para que no puedan ejercer presión sobre el mercado laboral. Y aquí tenemos una especie de aire para una enorme legislación, una enorme cantidad de intervenciones gubernamentales que serán la garantía de la producción de libertad necesaria, precisamente, para gobernar” FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France* (1978-1979), 2012, p. 73.

portarse de acuerdo con los intereses de los dueños del capital y que les hiciera percibirse a sí mismos como individuos diferenciados del infractor y con una formación ética superior a la de éste⁷¹⁹. Distinción que influenciará la orientación hacia la necesidad de normalización de los desviados.

Esa nueva cultura se concreta en el control de los cuerpos de los penados, con el objetivo de convertirlos en individuos dóciles, sumisos, manipulables, permisivos a la imposición de esa nueva metodología de dominio y gestión de las libertades, a la cual FOUCAULT denomina “anatomía política”⁷²⁰. Siguiendo este planteamiento, se entiende que en esa cultura se procure establecer una relación profunda entre el hombre y el sistema, sistema que le orientará en el desarrollo de sus habilidades y en la gestión de su tiempo, con el fin de transformarle en fuerza útil⁷²¹.

A ese respecto, habla FOUCAULT de la “fabricación de los individuos”⁷²². Dicha “fabricación” se desarrolla en un largo proceso de microdominaciones

⁷¹⁹ “Ya que la sociedad industrial exige que la riqueza esté directamente en las manos no de aquéllos que la poseen, sino de aquéllos que permiten la extracción de utilidades al hacerla trabajar, ¿cómo proteger esta riqueza? Evidentemente a través de una moral religiosa: de ahí proviene la formidable ofensiva de moralización que incidió sobre la población del siglo XIX. [...] Fue absolutamente necesario constituir al pueblo como sujeto moral, por lo tanto, separándolo de la delincuencia, separando por lo tanto, claramente el grupo de los delincuentes, mostrándolos como peligrosos no sólo para los ricos, sino también para los pobres, mostrándolos cargados de todos los vicios y como responsables de los mayores peligros”. FOUCAULT, Michel, “Sobre a prisão” [Entrevista con L. J. Brochier] (1975), trad. Marcelo Marques Damião, en Foucault, Michel, *Microfísica do poder*, 28ª. ed., Rio de Janeiro, Paz & Terra, 2014, p. 218 (la traducción al español es nuestra). Y sobre este tema añade: “Pero cuando la fortuna burguesa se encontró invertida, en gran escala, en una economía de tipo industrial, es decir, invertida en talleres, en útiles, en máquinas-útiles, en materias primas, en *stocks*, y todo ello fue puesto en manos de la clase obrera, la burguesía puso su fortuna literalmente en manos de la capa popular”. FOUCAULT, Michel, en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, 2012, pp. 93 y 94.

⁷²⁰ “El crecimiento de una economía capitalista ha exigido la modalidad específica del poder disciplinario, cuyas formulas generales, los procedimientos de sumisión de las fuerzas y de los cuerpos, la «anatomía política», en una palabra, pueden ser puestos en acción a través de regímenes políticos, de aparatos o de instituciones muy diversas”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 255.

⁷²¹ “El momento histórico de las disciplinas es el momento en el que nace un arte del cuerpo humano que no tiende únicamente al aumento de sus habilidades, ni tampoco a hacer más pesada su sujeción, sino a la formación de un vínculo que, en el mismo mecanismo, lo hace tanto más obediente cuanto útil, y vice-versa. Se conforma entonces una política de las coerciones que constituye un trabajo sobre el cuerpo, una manipulación calculada de sus elementos, de sus gestos, de sus comportamientos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 160.

⁷²² “La disciplina «fabrica» individuos; es la técnica específica de un poder que toma a los individuos a la vez como objetos y como instrumentos de su ejercicio”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 199. El autor también se manifiesta sobre este tema en otra ocasión: “[...] el delincuente, como el loco, es alguien que se rebela, y se lo encierra porque se rebela.

introducidas profundamente en sus rutinas, en sus hábitos y en su cultura, promovidas por medio de las más diversas instancias disciplinarias, desde la infancia del sujeto hasta su vida adulta, procesos que se superponen, que se reiteran y que se alimentan mutuamente en la misma dirección⁷²³. El control minucioso del sujeto, la observación de sus acciones y los recortes a sus individualidades deberían concretarse en ámbitos e instituciones orientados a la normalización y a la estandarización de los comportamientos, desde las escuelas, cuarteles, fábricas y hospitales, hasta los manicomios y la prisión. La imposición de la disciplina se realizaría necesariamente a través de reglas, de inspección, de distribución de los individuos en los espacios, de creación de espacios de acuerdo con su utilidad y con las características de quienes los van a ocupar⁷²⁴.

Las nuevas tecnologías del poder deberían permitir al sistema político el conocimiento del ciudadano en el nivel individual más profundo, pues el modo de producción que se ponía en práctica demandaría no sólo la división planificada del trabajo entre la fuerza productiva, y que ésta fuera capaz de ejercer las funciones que le exigía el avance del sistema, sino que, además, fuera posible evitar o contener posibles movimientos rebeldes contrarios al *status quo*. Desde esas necesidades, se suele percibir la profunda relación entre el saber y el poder, pues a través de las ciencias, principalmente orientadas por los movimientos positivistas del siglo XIX, se pone en marcha la gestión de la población como una razón de Estado, lo que contribuye a la perpetuación del modelo impuesto⁷²⁵.

Yo lo pondría al revés: se ha hecho delincuente porque ha ido a prisión. O, mejor, la microdelincuencia que existía al principio se transforma en macodelincuencia por la prisión". FOUCAULT, Michel, "La tortura es la razón [Entrevista con Knut Boesers]" (1977), en Michel Foucault, *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida*, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 58.

⁷²³ "La «invención» de esta nueva anatomía política debe entenderse menos como un repentino descubrimiento que en tanto una multiplicidad de procesos, con frecuencia menores, de origen diferente, de localización diseminada, que coinciden, se repiten o se imitan, se apoyan unos sobre otros, se distinguen según su dominio de aplicación, convergen y delinean poco a poco el diseño de un método general. Se los encuentra tempranamente actuando en los colegios; más tarde en las escuelas elementales; han invadido lentamente el espacio hospitalario, y en unas décadas han reestructurado la organización militar". FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 160 y 161.

⁷²⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 164 y ss.

⁷²⁵ "La nueva tecnología marca el tránsito desde una lógica del poder centrada en exclusiva en la soberanía, esto es, en el desarrollo de mecanismos de mera perpetuación del poder, a otra en la que, sin abandonar la finalidad de autoconservación, se desarrolla una verdadera ciencia del gobierno, en la articulación entre saber y poder, que da vida a los planteamientos disciplinarios, orientados a la

Evidentemente, al ponerse en práctica la mecánica del poder disciplinario, resulta natural la clasificación dicotómica de sus destinatarios, divididos de acuerdo con adjetivos antagónicos, que polarizan los grupos y refuerzan la idea de la necesidad de adaptación de algunos. Esa lógica, que permeará todos los micropoderes, establecerá la idea relativa tanto a la existencia de seres humanos normales, es decir, adecuados a las funcionalidades que se les han atribuido, como anormales, que deberían ser transformados en algo diferente de lo que su naturaleza mostraba⁷²⁶.

Para el ejercicio del poder disciplinario, la arquitectura de los espacios de contención debería favorecer la gestión de la vida del sujeto objeto de disciplina, desde el cumplimiento de las reglas, hacia los comportamientos y la comunicaciones entre los internos⁷²⁷. Desde estas nuevas demandas se desarrollan diversas propuestas, entre las cuales parece unánime la idea de que el lugar necesitaría ser debidamente vigilado, además de ser favorable al trabajo y a la enseñanza, pues, a través de esas actividades se imaginaba poder reconstruir “en el individuo perezoso la afición al trabajo”⁷²⁸.

El panóptico de BENTHAM parece haber sido el modelo más adecuado a las nuevas necesidades disciplinarias. El establecimiento propuesto por este autor,

gestión de las poblaciones en función de los flujos productivos que las atraviesan. En esa nueva lógica, las consideraciones productivas se introducen en la Razón de Estado, de modo que una de las funciones del ejercicio del poder será gestionar territorios y poblaciones maximizando las potencialidades productivas, es decir, intentando articular –en cierta medida, recuperar- la cooperación productiva humana”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 31.

⁷²⁶ “La división constante de lo normal y de lo anormal, a la que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a objetos distintos la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, pone en funcionamiento los dispositivos disciplinarios a los que apelaba el miedo de la peste. Todos los mecanismos de poder que, todavía en la actualidad, se disponen en torno de lo anormal, tanto para marcarlo como para modificarlo, componen estas dos formas, de las que lejanamente derivan”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 231.

⁷²⁷ “El ejercicio de la disciplina supone un dispositivo que coacciona mediante el juego de la mirada; un aparato en el que las técnicas que permiten ver inducen efectos de poder y donde, a cambio, los medios de coerción hacen claramente visibles aquellos sobre los que se aplican”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 200.

⁷²⁸ “Esta pedagogía tan útil reconstituirá en el individuo perezoso la afición al trabajo, lo obligará a colocarse en un sistema de intereses en el que el trabajo será más ventajoso que la pereza y formará en torno de sí una pequeña sociedad reducida, simplificada y coercitiva en la que aparecerá claramente la máxima: quien quiera vivir debe trabajar”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 142.

entendido como más eficiente para la vigilancia, seguiría una estructura dirigida a impedir la comunicación y el contacto visual entre los internos⁷²⁹. La disposición de los espacios les sometería a la máxima exposición física por parte de los supervisores⁷³⁰, pero de forma oscura, es decir, impidiéndoles identificar quiénes o cuándo le observaban, lo que permitía la desindividualización del poder⁷³¹.

A través de esa estructura, se esperaba influenciar el comportamiento del inspeccionado hacia el respeto a las reglas y a las actividades disciplinarias, pues el ignorar tanto los momentos de supervisión, como la identidad de los agentes, debería llevarle a absorber y aceptar el permanente control. Como en ese sistema ni siquiera los vigilantes estaban libres de la vigilancia, la gestión de los sujetos desde lejos permitiría la disminución de los peligros existentes en los contactos, observar sin contaminarse, participar en las intimidades e impedir la realización de hechos indeseables bajo la coacción psicológica, además de dificultar eventuales beneficios provenientes de la corrupción por parte del responsable de la disciplina⁷³².

Finalmente el panóptico terminó representando una fuerza que podría ser ejercida por cualquiera, pues lo que de verdad importaría en esa relación de sumisión sería que la autoridad fuera asimilada por el observado, que estuviera impregnada en sus ideas y se hiciera presente todo el tiempo, lo que confirmaría su

⁷²⁹ “Su esencia consiste, pues, en la *centralidad* de la situación del inspector, combinada con los dispositivos mejor conocidos y eficaces para *ver sin ser visto*”. BENTHAM, Jeremy, “O panótico ou a casa de inspeção” (1787), trad. Tomaz Tadeu, en Tadeu, Tomaz (Org.), *O panótico*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Autentica, 2008, p. 28 (la cursiva pertenece al original). Y continúa el autor: “Me alegré con el hecho de que hay ahora poca duda de que el plan posee las ventajas fundamentales que vengo atribuyéndole: quiero decir, la *aparente omnipresencia* del inspector (si los teólogos me permiten la expresión), combinada con la extrema facilidad de su *real presencia*”. BENTHAM, Jeremy, en *O panótico*, 2008, p. 30 (la cursiva pertenece al original).

⁷³⁰ BENTHAM, Jeremy, en *O panótico*, 2008, pp. 20 y ss.

⁷³¹ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 234.

⁷³² “Ya no se puede confiar en nadie si el poder es organizado como una máquina, funcionando de acuerdo con engranajes complejos, donde lo determinante es el lugar de cada uno, y no su naturaleza. Si la máquina fuera de tal forma que alguien estuviera fuera de ella o sólo tuviera la responsabilidad de gestionarla, el poder se identificaría con un hombre y se volvería un poder de tipo monárquico. En el panóptico, cada uno, de acuerdo con su lugar, es vigilado por todos o por algunos otros; se trata de un aparato de desconfianza total y circulante, pues no existe punto ciego. La perfección de la vigilancia es la suma de malevolencias”. FOUCAULT, Michel, “O olho do poder” [Entrevista con Jean-Pierre Barou y Michele Perrot] (1977), trad. Angela Loureiro de Souza, en Foucault, Michel, *Microfísica do poder*, 28ª. ed., Rio de Janeiro, Paz & Terra, 2014, p. 334 (la traducción al español es nuestra).

eficiencia y reiteraría el dominio por medio de la sujeción del individuo a un poder ejercido por una entidad desconocida⁷³³.

Desde esta propuesta, se entiende que el modelo ideado por BENTHAM introduce una mecánica de poder de extrema eficacia, que no se reduciría meramente a las clásicas mecánicas disciplinares, sino que se convertiría en una nueva lógica de dominación; el control y la gestión de los individuos por medio de la visibilidad, el «poder ejerciéndose por transparencias»⁷³⁴. Una estructura de bajo coste, no violenta, centrada en la mera observación, por la cual se impone el peso de la vigilancia y el autocontrol a través de la consciencia del vigilado⁷³⁵.

FOUCAULT acertadamente encuentra una conexión entre el pensamiento de BENTHAM y la sociedad transparente, idealizada por ROUSSEAU⁷³⁶. Este último autor imaginaba una estructura en la que reglas claras impedirían las penumbras donde el poder pudiera ser ejercido sin respeto a los derechos de todos los ciudadanos, considerados iguales por el contrato social⁷³⁷. Esa objetividad alejaría los privilegios, equiparando a todos los miembros de esa comunidad. En ese caso, la transparencia

⁷³³ “Poco importa, por consiguiente, quién ejerce el poder. [...] Así como es indiferente el motivo que lo anima: la curiosidad de un indiscreto, la malicia de un niño, el apetito de saber de un filósofo que quiere recorrer este museo de la naturaleza humana o la maldad de los que experimentan un placer de espiar y castigar. [...] El panóptico es una máquina maravillosa que, a partir de deseos de los más diferentes, fabrica efectos de poder homogéneos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 234.

⁷³⁴ FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1977), 2014, p. 329.

⁷³⁵ “La mirada, en cambio, va a exigir muy poco gasto. Sin necesitar armas, violencias físicas, coacciones materiales. Apenas una mirada. Una mirada que vigila y que cada uno, sintiéndola pesar sobre sí, acabará interiorizándola, al punto de observarse a sí mismo; siendo así, cada uno ejercerá la vigilancia sobre y contra sí mismo. Fórmula maravillosa: un poder continuo y de coste, a fin de cuentas, irrisorio”. FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1977), 2014, p. 330 (la traducción es nuestra).

⁷³⁶ “Yo diría que Bentham es el complemento de Rousseau. En verdad, ¿cuál es el sueño rousseauniano presente en tantos revolucionarios? El de una sociedad transparente, al mismo tiempo visible y legible en cada una de sus partes; que no haya en ella más zonas oscuras, zonas reguladas por los privilegios del poder real, por las prerrogativas de éste o de aquel cuerpo, o por el desorden; que cada uno, del lugar que ocupa, pueda ver el conjunto de la sociedad; que los corazones se comuniquen unos con los otros, que las miradas ya no encuentren obstáculos, que la opinión reine, a cada uno sobre cada uno”. FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1977), 2014, p. 326 (la traducción es nuestra).

⁷³⁷ “Por cualquier lado que se eleve uno al principio, se llegará siempre a la misma conclusión, a saber: que el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que se comprometen todos bajo las mismas condiciones y, por tanto, que deben gozar todos los mismos derechos. Así, por la naturaleza de pacto, todo acto de soberanía, es decir, todo acto auténtico de la voluntad general, obliga y favorece igualmente a todos los ciudadanos; de suerte que el soberano conoce solamente el cuerpo de la nación y no distingue a ninguno de aquellos que la componen”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social* (1762), 2011, p. 62.

se desplazaría desde el centro del poder político hacia el pueblo, que estaría en condiciones de fiscalizar a aquél. En la propuesta de BENTHAM, sin embargo, el sentido de la vigilancia sería el inverso, estableciéndose en contra de los intereses del cuerpo social, que sería ahora el objeto de observación⁷³⁸. Por ello se suele entender que, más que representar una estructura carcelaria, el sistema propuesto por BENTHAM pondría en marcha una nueva modalidad de gobierno, quizás aún más amplia y profunda que la idealizada por ROUSSEAU, pues si por un lado insertaba en los espíritus de los individuos el temor al incumplimiento de las reglas disciplinarias a través del convencimiento de la omnisciencia y omnipresencia del observador, por otro lado convencería a la clase dominante de la posibilidad de control total, de conocimiento pleno de las rutinas, de las actividades y de las actitudes de los dominados⁷³⁹.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el panóptico no se reduciría al ámbito donde se dicta la disciplina, sino que establecería una lógica favorable a la imposición de *“una conducta cualquiera a una multiplicidad humana cualquiera”*⁷⁴⁰. De este modo, aunque originariamente fuera idealizado como una estructura carcelaria, el modelo se ha convertido en una forma de ejercicio del poder, que se expandió desde los sistemas cerrados hacia las más diversas instancias de control y pasó a ocupar un espacio protagonista en las bases del cuerpo social⁷⁴¹.

⁷³⁸ “[...] Bentham es, al mismo tiempo, esto y lo contrario. Él plantea el problema de la visibilidad, pero pensando en una visibilidad totalmente organizada alrededor de una mirada dominadora y vigilante. Él hace funcionar un proyecto de visibilidad universal, que actuaría en provecho de un poder estricto y meticuloso. Siendo así, al gran tema rousseauniano –que de cierto modo representa el lirismo de la Revolución– se articula la idea técnica del ejercicio de un poder «omni-vidente», que es la obsesión de Bentham; los dos se complementan y el todo funciona: el lirismo de Rousseau y la obsesión de Bentham”. FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1977), 2014, pp. 326 y 327 (la traducción es nuestra).

⁷³⁹ “El sueño de Bentham, el panopticon, en el que un solo individuo podría vigilar a todo el mundo, es en el fondo el sueño o, mejor, uno de los sueños de la burguesía (porque ha soñado mucho). Este sueño lo realizó. Tal vez no lo ha realizado bajo la forma arquitectónica que Bentham proponía, pero debe recordarse lo que Bentham decía a propósito del panopticon: es una forma de arquitectura, por supuesto, pero es sobre todo una forma de gobierno; es para el espíritu una manera de ejercer el poder sobre el espíritu”. FOUCAULT, Michel, en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, 2012, p. 94.

⁷⁴⁰ DELEUZE, Gilles, *Foucault*, trad. Claudia Sant’Anna Martins, 8ª. reimpressão, São Paulo, Editora Brasiliense, 2011, p. 43 (la cursiva pertenece al original; la traducción al español es nuestra).

⁷⁴¹ “Mientras que, por una parte, se multiplican los establecimientos de disciplina, sus mecanismos tienen cierta tendencia a «desinstitucionalizarse», a salir de las fortalezas cerradas en que funcionaban y a circular en estado «libre»; las disciplinas masivas y compactas se descomponen en procedimientos flexibles de control que se pueden transferir y adaptar”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y*

Las pequeñas disciplinas, que ocupan los detalles de la vida del sujeto y que permean todas las capas productivas, llevan consigo una fuerza política que dirige a los gestionados, que reitera la orientación política, que disfraza muchas otras intenciones de dominación en las entrelineas de la retórica imperante y que, por ende, construye un sistema aparentemente imposible de contradecir⁷⁴². Frente a esa realidad, hay que tener en cuenta que el proceso que introduce la disciplina y la cultura panóptica en las sociedades modernas no parece susceptible de ser interrumpido o superado. En realidad, ha seguido una tendencia evolutiva aún más compleja, facilitada por las nuevas tecnologías de comunicación. Una estructura de disciplina, convencimiento y opresión dinámica, flexible y mutable, que con mucha naturalidad estaba ya destinada a ser aceptada por la sociedad de forma plena, como predijo ya hace tiempo FOUCAULT⁷⁴³.

C. PRISIÓN Y DOMINIO DE LOS CUERPOS

Conforme a lo que se ha visto, las prácticas diciplinarias encontraron en el sistema panóptico la mecánica más conveniente para la puesta en marcha de la vigilancia total, en especial cuando era promovida a través de la prisión. La introducción de ese proceso por medio de la restricción de la libertad, precisamente caracterizada por las exigencias correctivas y rehabilitadoras, no parecía abrir espacio para cuestionamientos. La pena se convertiría en el instrumento para

castigar. Nacimiento de la prisión (1975), 2012, p. 244. Y continúa el autor: “Se ven también difundirse los procedimientos disciplinarios, a partir no de instituciones cerradas, sino de focos de control diseminados en la sociedad. Grupos religiosos, asociaciones de beneficencia desempeñaron durante mucho tiempo este papel de «organización de disciplina» de la población”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 245.

⁷⁴² “Las disciplinas ínfimas, los panoptismos de todos los días pueden muy bien estar por bajo del nivel de emergencia de los grandes apartados y de las grandes luchas políticas. Han sido, en la genealogía de la sociedad moderna, con la dominación de clase que la atraviesa, la contrapartida política de las normas jurídicas según las cuales se redistribuía el poder”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 256 y 257.

⁷⁴³ “El esquema panóptico, sin anularse ni perder ninguna de sus propiedades, está destinado a difundirse en el cuerpo social; su vocación es convertirse en él una función generalizada. [...] El Panóptico [...] tiene un poder de amplificación; si acondiciona el poder, si quiere hacerlo más económico y más eficaz, no es por el poder en sí, ni por la salvación inmediata de una sociedad amenazada: se trata de volver más fuertes las fuerzas sociales –aumentar la producción, desarrollar la economía, difundir la instrucción, elevar el nivel de la moral pública; hacerlas crecer y multiplicar-” FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 240.

introducir en el alma del sujeto los valores sociales por él ignorados al cometer el delito que da lugar a la respuesta punitiva. Hay que corregir esa indiferencia ante lo prohibido, hay que adaptar al sujeto para que siga el modelo de la sociedad productiva, hay que dirigirlo a elegir el bien en lugar del mal⁷⁴⁴.

Hay que recordar en este punto que, en la realidad punitiva anterior, destacaban las penas corporales y los castigos, basados en la idea de la venganza del soberano en contra del condenado y que solían ser impuestos con un nivel de severidad que superaba la agresividad del hecho⁷⁴⁵. Es decir, la violencia de la respuesta estatal trascendía la monstruosidad del delincuente, le contradecía y se imponía como superior. Sin embargo, a partir del momento en que la pena pasa por el proceso de racionalización y la severidad que parte de quien detenta el poder punitivo se vuelve moderada por los criterios determinados por la nueva dinámica del castigo, sólo queda a la contemplación pública la violencia que supone la comisión del delito original.

Al mismo tiempo en que el hecho alcanza un cierto protagonismo sobre la respuesta punitiva y ésta se establece en función de sus finalidades preventivas, surgen los cuestionamientos respecto al uso (o no) de la racionalidad por parte del agresor, que en principio debería haber considerado las consecuencias de la acción que pretendía realizar. Desde esta perspectiva, si se parte de la duda respecto a las motivaciones que llevan al sujeto a la práctica del delito y de la incomprensión ante su desinterés en cumplir el contrato del que es signatario, no es difícil llegar a la conclusión de la anormalidad o la primitividad de quienes no se intimidan por la amenaza del castigo.

⁷⁴⁴ “Pero la evidencia de la prisión se funda también sobre su papel, supuesto o exigido, de aparato para transformar los individuos. ¿Cómo no sería la prisión inmediatamente aceptada, ya que al encerrar, al corregir, al volver dócil, no hace más que reproducir, aunque tenga que acentuarlos un poco, todos los mecanismos que se encuentran en el cuerpo social?”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 267.

⁷⁴⁵ “El suplicio, por consiguiente, tenía su lugar naturalmente inscrito en esa economía, que era la economía desequilibrada de las puniciones. La pieza principal de esa economía, no era, pues, la ley de la medida: era el principio de la manifestación excesiva. Y ese principio tenía como corolario lo que podríamos llamar comunicación en lo atroz. [...] No había crimen en suspenso, en la medida en que, del lado del poder encargado de contestar al crimen, siempre había un exceso de poder capaz de anularlo”. FOUCAULT, Michel, *Os anormais. Curso no Collège de France*, 2013, p. 71 (la traducción es nuestra).

Es precisamente ante esa conyuntura, y bajo la influencia del positivismo criminológico que, como plantea FOUCAULT, el sistema penal ha convertido al infractor (es decir, al individuo condenado por haber violado una norma) en el delincuente (el individuo que, por sus características personales, sociales o económicas, no ha respetado la orientación legal). Desde esta perspectiva, parece natural la relación que se construye a consecuencia de la «investigación biográfica»⁷⁴⁶ del sujeto y la conclusión acerca de la necesidad de neutralización de los elementos atávicos identificados en su personalidad, con el fin de minimizar su peligrosidad⁷⁴⁷.

El discurso científico que surge en este tiempo y que trata de justificar tratamientos penales diferenciados según las características del agresor con el argumento de la individualización, supone la pérdida de los parámetros de proporcionalidad relativos a las consecuencias jurídicas en relación a los hechos realizados. Como consecuencia, se empezó a legitimar la libre intervención del *ius puniendi* sobre el condenado durante el lapso temporal que se considerase necesario para lograr los deseados beneficios de normalización, hasta el punto de considerarse aceptable la imposición de condenas indeterminadas⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 292.

⁷⁴⁷ “La introducción de lo «biográfico» es importante en la historia de la penalidad. Porque hace existir al «criminal» antes del crimen y, en última instancia, al margen de él. Y porque a partir de ahí una causalidad psicológica va a confundir los efectos, al duplicar la asignación jurídica de responsabilidad. [...] A medida que la biografía del criminal duplica en la práctica penal el análisis de las circunstancias cuando se trata de estimar el crimen, vemos cómo el discurso penal y el discurso psiquiátrico entremezclan sus fronteras, y ahí, en su punto de unión, se forma esa noción del individuo «peligroso» que permite establecer un sistema de causalidad a la escala de una biografía entera y dictar un veredicto de castigo-corrección”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, 292.

⁷⁴⁸ O determinadas *a posteriori*, como sostiene JIMÉNEZ DE ASÚA: “El sistema de penas determinadas *a posteriori*, es aquel en virtud del cual la naturaleza de la pena no se fija sino en vista de la individualidad del reo a quien se aplica, dependiendo su duración de la enmienda civil del culpable. Su fundamento no es otro que la justicia misma que al proclamar el principio de *dar a cada uno lo que es suyo*, hace sentir la necesidad de individualizar la pena. Es su fin la corrección civil del delincuente”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas *a posteriori** (1913), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 294 (la cursiva pertenece al original). Este autor además destaca la función tutelar de la pena, encargada de eliminar, a través de la corrección, la peligrosidad del sujeto con el fin de lograr la prevención de futuros delitos: “De aquí se deduce que el fin de la pena no es otro que *hacer cesar el peligro que el delincuente representa para la sociedad por medio de una tutela que le enmienda, le corrija, le transforme en fin, en un ser útil socialmente*. Y si se quiere sintetizar aún más, podemos decir que su fin es *corregir previniendo*”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas *a posteriori** (1913), 2013, p. 59. Y continúa el autor: “El fin de la pena, por tanto, no es otro que el de procurar la *corrección total del delincuente* (enmienda civil y no moral), entendiendo por ello una verdadera *transformación* de aquel

Como explica FOUCAULT, las ciencias biológicas, de la psiquiatría y de la psicología ejercerán en este momento histórico una gran influencia en el sistema penal contribuyendo a una observación del delito a través de la perspectiva de la anormalidad, como también reiterando las expectativas de poder enfrentarse a él mediante tratamientos curativos. En función de esas circunstancias la idea de la medicalización, es decir, de la corrección de las anomalías dentro del espectro de la medicina, se relaciona intensamente con la rehabilitación⁷⁴⁹.

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos, todos los recursos invertidos y todas las investigaciones desarrolladas, las experiencias dirigidas a la corrección y a la normalización de los desviados se han mostrado ineficaces, como ya vimos en el capítulo segundo. Por ello, ante la quiebra del ideal resocializador y de las políticas públicas en su dirección, resulta natural la extensión de esa crisis a la propia idea de la pena de prisión. Sin embargo, pese a todas las críticas vertidas contra la prisión desde su instauración como principal medio punitivo⁷⁵⁰ y a los numerosos estudios acerca de la ineficacia de la restricción de la libertad como medio de enfrentarse al delito y en la disminución de la criminalidad, se sigue repitiendo el precario discurso

ser que era temible e inútil, en una palabra *antisocial*, en un ser apto y útil, esto es, *social*. Al realizar la pena esta función correctiva realiza también la función *preventiva*, pues *transformando* al individuo *evita* que éste vuelva a delinquir, cesando de este modo el peligro que para la sociedad representaba. Es una *función eminentemente tutelar*". JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori* (1913), 2013, p. 61 (la cursiva pertenece al original).

⁷⁴⁹ "Por pensamiento médico entiendo una manera de percibir las cosas que se organiza alrededor de la norma, esto es, que procura deslindar lo que es normal de lo que es anormal, que no son del todo, justamente, lo lícito y lo ilícito; el pensamiento jurídico distingue el lícito del ilícito, el pensamiento médico distingue lo normal y lo anormal; se asigna, busca también asignarse medios de corrección que no son exactamente medios de castigo, sino medios de transformación del individuo, toda una tecnología del comportamiento del ser humanos que está ligada a ese fin...". FOUCAULT, Michel, "El poder, una bestia magnífica [Entrevista con Manuel Osorio]" (1977), en Michel Foucault, *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida*, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 35 y 36.

⁷⁵⁰ En efecto, como destaca FOUCAULT la prisión ha sido identificada, desde 1820, como un sistema ineficaz en la transformación de los sujetos en algo mejor; sin embargo, el autor entiende que los mecanismos de poder utilizaron los inconvenientes procedentes de la restricción de la libertad en favor de nuevas estrategias de poder: "El fracaso fue inmediato y registrado casi al mismo tiempo que el propio proyecto. Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada, sólo sirve para fabricar nuevos criminales o para hundirlos aún más en la criminalidad. Entonces sucedió, como siempre en los mecanismos del poder, una utilización estratégica de aquello que era un inconveniente. La prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes son útiles tanto en el dominio económico, como en el político. Los delincuentes sirven para algo". FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1975), 2014, pp. 216 y 217 (la traducción es nuestra).

que la sostiene como principal medio de intervención punitiva⁷⁵¹. Esa contradicción ha conducido a la doctrina a plantearse las razones de que la reclusión siga en pie, en lugar de plantearse seriamente nuevas alternativas a ella, pues si se observa el crecimiento del número de encarcelados desde la quiebra del *welfare* penal, se hace evidente que lo que se rompe con el tránsito del Estado intervencionista hacia el neoliberal no es la prisión como institución, sino la lógica punitiva del modelo rehabilitador.

Al respecto, parece tener razón FOUCAULT cuando sostiene que, aunque se observe la prisión como un modelo fracasado en relación a su capacidad de rehabilitar al sujeto a ella sometido, es posible que su finalidad real sea crear, clasificar y utilizar la criminalidad en favor del mantenimiento del poder. Si ése es el principal ámbito donde se realiza la intervención estatal de control de los cuerpos de los individuos condenados; si es la herramienta ideal para demostrar a la población la intensidad del poder del Estado para intervenir en la vida del que se aleja de la ley; si es el contexto adecuado para crear un subgrupo humano marginado, entonces su fin es, en realidad, la transformación del condenado en un sujeto útil, aunque el sentido de esa utilidad no esté necesariamente relacionado con la adecuación del mismo al comportamiento legal⁷⁵².

⁷⁵¹ “Desde hace siglo y medio, se ha presentado siempre la prisión como su propio remedio; la reactivación de las técnicas penitenciarias como la única manera de reparar su perpetuo fracaso; la realización del proyecto correctivo como el único método para superar la imposibilidad de hacerlo pasar a los hechos”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, p. 313.

⁷⁵² “Pero quizás haya que darle la vuelta al problema y preguntarse de qué sirve el fracaso de la prisión; para qué son útiles esos diferentes fenómenos que la crítica denuncia continuamente: mantenimiento de la delincuencia, inducción de la reincidencia, transformación del infractor ocasional en delincuente habitual, organización de un medio cerrado de la delincuencia. [...] Sería preciso entonces suponer que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones sino más bien a distinguirlas, a distribuirlas, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancias, de dar cierto campo de libertad a algunos y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquéllos. En suma, la penalidad no «reprimiría» pura y simplemente los ilegalismos; los «diferenciaría», aseguraría su «economía» general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan los intereses de una clase, es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad forma parte de esos mecanismos de dominación”. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), 2012, pp. 316 y 317 (en el mismo sentido se manifiesta en FOUCAULT, Michel, “Michel Foucault: la seguridad y el Estado [Entrevista con Robert Lefort]” (1977), en Michel Foucault, *El poder*,

Y así llegamos a una idea central de capital importancia en este tema: como sostiene FOUCAULT, el poder político *necesita* la existencia de la criminalidad pues, a través de la amenaza que ésta representa, se legitiman las más diversas instancias de control, las cuales, evidentemente, terminan por imponer la sumisión del ciudadano a las reglas de injerencia e higiene sociales que se presentan como necesarias para la gestión de los riesgos. Así, con un ejemplo del citado autor, la fuerza coercitiva impuesta por la policía sólo parece lograr la aceptación pública de sus intervenciones con base en la justificación que le otorga la gestión del delito⁷⁵³. Siguiendo este planteamiento, resulta evidente la relevancia para el sistema de que el delincuente no sea reinsertado, sino por el contrario mantenido en los márgenes del proletariado. La exclusión a la que es sometido también refuerza las ideas acerca de los déficits morales de aquéllos que no se integran en el mercado laboral y optan por la vida fácil del delito⁷⁵⁴. De esta forma, el sujeto excarcelado pasa a asumir el papel de “ejemplo negativo”⁷⁵⁵ ante los ciudadanos, como en relación a los movimientos revolucionarios⁷⁵⁶: la prueba de la fuerza del Estado y de la relevancia que otorga al respeto de sus reglas, lo que reforzaría el fin intimidatorio de la pena. Sobre este tema añade DELEUZE que los códigos y enunciados tanto de la prisión, como del Derecho penal, se comunican y se alimentan mutuamente. Y ello porque, mientras

una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 57 y ss.).

⁷⁵³ “La sociedad sin delincuencia fue un sueño del siglo XVIII, que después se acabó. La delincuencia era demasiado útil para que se pudiera soñar con algo tan tonto y peligroso como una sociedad sin delincuencia. Sin delincuencia, no existe policía. ¿Qué es lo que convierte la presencia del control policial, el control policial, en tolerable por la población, sino el temor al delincuente? [...] Esa institución tan reciente y tan pesada que es la policía, no se justifica sino por eso. Aceptamos entre nosotros a esa gente de uniforme, armada mientras nosotros no tenemos ese derecho, que nos pide documentos, que viene a rondar nuestras puertas. ¿Cómo sería aceptable si no hubiera, todos los días, en los periódicos, artículos en que se cuenta cuan numerosos y peligrosos son los delincuentes?”. FOUCAULT, Michel, en *Microfísica do poder* (1975), 2014, p. 225 (la traducción es nuestra).

⁷⁵⁴ “Entonces, lo que me asombra en el sistema penal y particularmente en el sistema de las prisiones (y es quizás allí donde la prisión aparece en su papel específico) es que todo individuo que ha pasado por el sistema penal permanece marcado hasta el final de sus días, está colocado en una situación tal, en el interior de la sociedad, que ya no se le devuelve al lugar del que venía, es decir, ya no se le devuelve al proletariado, una especie de población marginal cuyo papel es muy curioso. [...] Es necesario, pues, que sea excluido del proletariado para que pueda jugar este papel de ejemplo negativo. En segundo lugar, es necesario que sea una fuerza de presión eventual sobre el proletariado”. FOUCAULT, Michel, en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, 2012, pp. 95 y 96.

⁷⁵⁵ FOUCAULT, Michel, en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, 2012, p. 96.

⁷⁵⁶ FOUCAULT, Michel, en *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida* (1977), 2013, p. 58.

éste categoriza comportamientos negativos y envía a la cárcel a quienes los cometen, aquélla se encarga de seguir produciendo nuevos criminales para que sean recategorizados por el Derecho penal y vuelvan a ella otra vez⁷⁵⁷.

Por todo ello, estamos de acuerdo con FOUCAULT en que la prisión no representa un fracaso en relación a la rehabilitación y la prevención de la delincuencia, sino que se debería reconocer su éxito, pues la marginalidad en que se encuentra reitera la categorización de determinados sujetos como fuentes de peligro que también necesitan ser gestionadas. La prisión, para este autor, fabrica la delincuencia, etiqueta los individuos y legitima el control de los mismos⁷⁵⁸.

Visto desde esta perspectiva, y en lo que respecta a la tecnología del castigo, las circunstancias establecidas por la sociedad industrial/fordista se correspondían con un modelo punitivo comprometido tanto con la gestión de la fuerza productiva, como de los individuos residuales del mercado, los cuales, considerados fuentes de riesgo, tienen la función de consolidar la necesidad de control y represión. Lo que nos conduce de nuevo al concepto de enemigo.

III. HACIA LA SOCIEDAD DE CONTROL

A. PSICOPOLÍTICA Y BIG DATA

La línea de planteamiento que nos interesa seguir apunta en dirección a una conexión entre los déficits resultantes del modelo económico en el que nos

⁷⁵⁷ “Seguramente la prisión, como forma del contenido, tiene sus propios enunciados, sus reglamentos. Seguramente, el Derecho penal, como forma de la expresión, enunciados de delincuencia, tiene sus contenidos: ni que fuera sólo un nuevo tipo de infracciones, atentados a la propiedad más que agresiones a las personas. Y las dos formas no dejan de entrar en contacto, insinuándose una dentro de la otra, cada una arrancando un segmento de la otra: el Derecho penal no deja de remitir a la prisión, de enviar presos, mientras la prisión no deja de reproducir la delincuencia, de hacer de ella un «objeto» y de realizar los objetivos que el Derecho penal concebía de otro modo (defensa de la sociedad, transformación del condenado, modulación de la pena, individualización)”. DELEUZE, Gilles, *Foucault*, 2011, p. 42 (la traducción es nuestra).

⁷⁵⁸ A la misma conclusión respecto del pensamiento de FOUCAULT llega BRANDARIZ GARCÍA: “Sin embargo, el autor asume que la resistencia mostrada por la longevidad de la prisión evidencia que seguramente su fracaso no es tal, sino un éxito en el desarrollo de sus funciones latentes, que no son sino la *fabricación de la criminalidad*, esto es, la organización y distribución de infracciones e infractores, localizando los espacios sociales libres del castigo y los que deben ser objeto de control y represión; en síntesis, lo que denomina la «*gestión diferenciada de los ilegalismos*», que se orienta, en su planteamiento, por consideraciones substancialmente clasistas”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 32 (la cursiva pertenece al original).

encontramos, la alarmante insatisfacción social respecto a esa coyuntura y el creciente endurecimiento de la reacción estatal en respuesta a esas insatisfacciones.

Como hemos visto, la decadencia de las políticas de bienestar y la ascensión del neoliberalismo impusieron al ciudadano común una serie de restricciones y recortes a sus derechos fundamentales, así como a muchos de los beneficios sociales de los que disfrutaba. El evidente compromiso del Estado en colaborar con el mercado y su indiferencia ante los temas de interés popular, unidos a los innumerables casos de corrupción que emergen diariamente, potencian tanto las insatisfacciones respecto a la nueva orientación de la racionalidad política, como el rechazo hacia los individuos que la impulsan. A ello se añade el evidente alejamiento del poder público respecto de la mediación en los intercambios entre la sociedad civil y el poder económico, y la incapacidad de los sindicatos para luchar por la protección de las garantías laborales, lo que colabora con la precarización de las condiciones de trabajo y con la reducción de los salarios debidos a la fuerza productiva, que ya se encuentran bajo un gran nivel de opresión.

Por ende, se debe tener en cuenta que paralelamente a las ansiedades traídas por la metamorfosis del capitalismo y por las consecuentes transformaciones en el propio cuerpo social, el nuevo modelo introdujo una lógica de mercado que favoreció por un lado el individualismo y la competitividad y, por otro, el desempleo, la lucha entre clases, el choque cultural, la inmigración ilegal, el aumento de la violencia y la marginación de aquéllos que no consiguen adecuarse a la nueva realidad⁷⁵⁹. Desde esta perspectiva, se suele deducir que esas transformaciones provocaron, inicialmente, un perjuicio para las garantías laborales y sociales y, posteriormente, para las garantías individuales y constitucionales⁷⁶⁰, llevando al

⁷⁵⁹ “El crecimiento económico y los logros técnicos no han eliminado la delincuencia, sino que la han fomentado. Una sociedad dominada por el egoísmo desenfrenado, por la lucha por triunfar, aunque para ello haya que pisar a los demás, tiene mucha delincuencia”. GARRIDO, Vicente/ STANGELAND, Per/ REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 887.

⁷⁶⁰ “[...] en todos los países donde se ha extendido la ideología neoliberal de la sumisión al 'libre-comercio', se observa un aumento espectacular en el número de personas que son puestas tras las rejas, ya que el Estado se apoya cada vez más en la policía y en las instituciones penales para contener el desorden producido por el desempleo masivo, la imposición del trabajo asalariado precario y la disminución de la protección social”. WACQUANT, Loïc, en *EJCPR*, 2001, p. 404 (la traducción es nuestra).

Estado, como señala MUÑOZ CONDE, a hacer uso de la pena para corregir problemas resultantes de la crisis financiera, del desempleo y del mercado laboral⁷⁶¹.

El panorama sociopolítico que describimos, detalladamente comentado *supra*, muestra la deconstrucción de los principales paradigmas e instituciones que se mantuvieron tan estables en la lógica disciplinaria, lo cual parece confirmar el tránsito hacia una nueva racionalidad orientada por la idea del control⁷⁶². Ese cambio de orientación ya había sido observado por FOUCAULT, superficialmente, cuando se manifestó sobre el surgimiento de un nuevo modelo social motivado por la necesidad y por las promesas de seguridad, las sociedades securitarias o de seguridad, respecto de aquéllas en que se identificaban los riesgos de futuras arbitrariedades y del exceso de intervención que podría derivarse de esta nueva mecánica de poder⁷⁶³.

Trazando una comparación con el modelo anterior, DELEUZE observa que el capitalismo del siglo XIX seguía el modelo de “concentración, para la producción, y de propiedad”⁷⁶⁴, en el cual el confinamiento era indispensable para la garantía de la

⁷⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, p. 182. En el mismo sentido, WACQUANT afirma que el aumento de la agresividad policial, así como la aplicación de la prisión en masa que hoy se ve en Europa, resultan básicamente de una mutación estatal instaurada por los gobiernos neoliberales. Esa transformación, fomentada por la lucha por el poder entre clases y por la desregulación de la legislación laboral en favor del aumento de la productividad, tiene origen en los intereses de las megacorporaciones transnacionales en busca, cada vez más, de la disminución de costes y del aumento del lucro. WACQUANT, Loïc, en *EJCPR*, 2001, pp. 401 y ss. En el mismo sentido se manifiesta BRANDARIZ GARCÍA, al señalar que la quiebra del bienestar minimizó el ámbito sociopolítico de sus actividades y desvió sus atenciones hacia el control social y la represión de la criminalidad de los que se encuentran en la zona de exclusión. Al respecto, señala este autor: “En ese contexto se modifica la perspectiva de aproximación a los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores sociales más desfavorecidos, ya que el modelo asistencial se ve sustituido por una aproximación que pone en primer término el paradigma del control”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 16 y 17.

⁷⁶² “[...] este deterioro puede comprenderse claramente teniendo en cuenta la decadencia de la dialéctica entre el Estado capitalista y la fuerza laboral, esto es, la decadencia de la efectividad y el papel de las organizaciones sindicales, la decadencia de la negociación colectiva con los trabajadores y la decadencia de la representación de los trabajadores en la constitución. Podría juzgarse también que el debilitamiento de la sociedad civil es un fenómeno concomitante con el paso de una sociedad disciplinaria a una sociedad de control”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 302.

⁷⁶³ “El Estado que garantiza la seguridad es un Estado que está obligado a intervenir en todos los casos en que un acontecimiento singular, excepcional, perfora la trama de la vida cotidiana. De golpe, la ley se vuelve inadecuada y, en consecuencia, hace falta esa suerte de intervenciones cuyo carácter excepcional, extralegal, no deberá parecer en absoluto un signo de la arbitrariedad o de un exceso de poder, sino, al contrario, de una solicitud [...]”. FOUCAULT, Michel, en *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida* (1977), 2013, p. 50.

⁷⁶⁴ “[...] el capitalismo del siglo XIX es de concentración, para la producción, y de propiedad. Por consiguiente, erige la fábrica como medio de confinamiento, el capitalista como propietario de los medios de producción, pero también el propietario de otros espacios concebidos por analogía [...]”.

producción y el adiestramiento del trabajador. Sin embargo, ante las nuevas circunstancias a las que se enfrentan los países desarrollados, con la transferencia de la producción industrial a regiones periféricas, las economías que se encuentran en un nivel más alto en la jerarquía internacional empiezan a dirigir la energía de sus mercados a los servicios y a la comercialización de los productos manufacturados en otros territorios⁷⁶⁵. En efecto, como señalan HARDT y NEGRI, mientras el proceso de modernización se caracterizó por una migración de la fuerza laboral de la agricultura y la minería (el sector primario) a la industria (el secundario), el proceso de posmodernización o de informatización se manifiesta a través de la migración de la industria al sector de los servicios (el terciario), un desplazamiento que se ha estado experimentando en los países capitalistas dominantes y particularmente en los Estados Unidos desde comienzos de la década de los setenta del pasado siglo⁷⁶⁶.

La consecuencia que se extrae de ese contexto, es que, como añaden HARDT y NEGRI, las actividades que pasan a protagonizar el mercado laboral de los países desarrollados se relacionan, en general, con “el conocimiento, la información, el afecto y la comunicación”⁷⁶⁷, lo que se suele denominar “economía informática”⁷⁶⁸. El capitalismo, antes orientado a la producción, ha pasado a dirigirse al producto⁷⁶⁹, lo que supone una amplia reconfiguración de los sectores mercadológicos, de la formación que en general se suele buscar en la fuerza laboral, del ámbito donde se realiza la actividad productiva y de las nuevas relaciones profesionales que pasan a establecerse a consecuencia de dichas transformaciones⁷⁷⁰.

DELEUZE, Gilles, *Conversações*, trad. Peter Pál Pelbart, 2ª. ed., São Paulo, Editora 34, 2010, p. 227 (la traducción al español es nuestra).

⁷⁶⁵ “Lo que él quiere vender son servicios, y lo que quiere comprar son acciones. Ya no es un capitalismo dirigido a la producción, sino al producto, es decir, para la venta o para el mercado. Por eso, es esencialmente dispersivo, y la fábrica ha cedido lugar a la empresa”. DELEUZE, Gilles, *Conversações*, 2010, p. 228 (la traducción es nuestra).

⁷⁶⁶ HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 265.

⁷⁶⁷ HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 266.

⁷⁶⁸ HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, pp. 266 y 267.

⁷⁶⁹ En este sentido, indica BAUMAN que la sociedad de consumidores viene a sustituir a la sociedad de productores: “Así fue que en el camino de una sociedad de productores a una sociedad de consumidores, las tareas de transformación y retransformación del capital y el trabajo en mercancía sufrieron simultáneamente un proceso de profunda, sostenida y en apariencia irreversible -aunque aún incompleta- *desregulación y privatización*”. BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, trad. Mirta Rosemberg/ Jaime Arrambide, 1ª. ed. en español, 4ª. reimpresión, México, D. F., Fondo de cultura económica, 2013, p. 20 (la cursiva pertenece al original).

⁷⁷⁰ “Puesto que la producción de servicios da por resultado un bien no material y durable, definimos los trabajos implicados en esta producción como *trabajo inmaterial* – esto es, un trabajo que produce

Libres de la necesidad de gestionar la manufactura y haciendo uso de las facilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, las necesidades de confinamiento terminan siendo superadas en favor de la gestión continua de los individuos en espacios abiertos, lo que, de alguna forma, concede a la sociedad un cierto nivel de libertad ante los antiguos aparatos disciplinarios. Sin embargo, pese a la flexibilización y a la desterritorialización de las referidas actividades, hay que tener en cuenta la necesidad de gestionar la producción inmaterial, de lo cual se deduce la tendencia a un mayor flujo de control por parte del centro decisivo, ilustrado por HARDT y NEGRI como “arquitectura panóptica virtual de la producción”⁷⁷¹.

Hay quien entiende incluso que las nuevas necesidades mercadológicas han sustituido el interés por la docilización y disciplinamiento del cuerpo productivo, por el control utilitario de la mente productiva, lo que representaría el paso desde la biopolítica, gestora de la fuerza utilizada en la producción material, hacia la psicopolítica, explotadora de la energía dedicada a la realización del contenido inmaterial. Realidad de la que se podría extraer que el “*disciplinamiento corporal*” cede ante la “*optimización mental*”⁷⁷².

un bien inmaterial, tal como un servicio, un producto cultural, conocimiento o comunicación”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 270. Y continúan los autores: “En el paso a la economía informática, la línea de montaje fue reemplazada por la *red* como el modelo de organización de la producción, lo cual modificó las formas de cooperación y comunicación en el interior de cada área productiva y entre distintas áreas productivas. [...] La tendencia a la desterritorialización de la producción es aún más pronunciada en los procesos del trabajo inmaterial que implican la manipulación de conocimiento e información. Los procesos laborales pueden realizarse de una manera casi por entero compatible con las redes de comunicación, para las cuales el lugar y la distancia tienen una importancia muy limitada”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 274.

⁷⁷¹ “El movimiento centrífugo de la producción se equilibra mediante la tendencia centrípeta del mando. Desde la perspectiva local, las redes informatizadas y las tecnologías de las comunicaciones propias de los sistemas de producción actuales permiten controlar más extensamente el desempeño de los trabajadores desde un lugar central, remoto. En la arquitectura panóptica virtual de la producción en red, potencialmente es posible controlar individual y continuamente la actividad laboral. Sin embargo, la centralización del control se advierte más claramente cuando se la considera desde una perspectiva global. La dispersión geográfica de la fabricación creó una demanda de administración y una de planificación cada vez más centralizadas y de una nueva centralización de productores de servicios especializado, especialmente servicios financieros”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 276.

⁷⁷² “El neoliberalismo como una nueva forma de evolución, incluso como una forma de mutación del capitalismo, no se ocupa primeramente de lo «biológico, somático, corporal». Por el contrario, descubre la *psique* como fuerza productiva. Este giro a la psique, y con ello a la psicopolítica, está relacionado con la forma de producción del capitalismo actual, puesto que este último está determinado por formas de producción inmateriales e incorpóreas. No se producen objetos físicos, sino objetos no-físicos como informaciones y programas. El cuerpo como fuerza productiva ya no es tan central como en la sociedad disciplinaria biopolítica. Para incrementar la productividad, no se

En cualquier caso, intentar comprender lo que está ocurriendo hoy en relación a la gestión y el control poblacional es una tarea compleja y multidisciplinar. Aunque, desde luego, no parece posible ignorar la inmersión en las tecnologías de la información y socialización, a la que todos nosotros estamos sometidos, lo que no solamente influye en la forma en que nos comportamos frente a los aparatos electrónicos, sino también y principalmente en la construcción y reafirmación de nuestras subjetividades, de nuestros valores y de nuestros deseos. No cabe por tanto subestimar las herramientas que dirigen los comportamientos de los individuos y que los moldean en favor de determinados intereses, como tampoco resulta exagerado imaginar que el control ejercido por el poder punitivo parece ser la última de las etapas de un proceso que insiste en desplegarse por las más diversas capas de control que se superponen en la vida social del sujeto⁷⁷³.

Desde la racionalidad del poder que se interpone ante las nuevas demandas del mercado y las ostensibles exigencias de gestión que la supuesta libertad presupone, nuevos métodos de observación se concretan de forma aún más intensa, compleja y eficiente que en tiempos anteriores⁷⁷⁴. La cultura del control hoy es una realidad presente en los más diversos aparatos de poder, un control que, además, ya no se concreta solamente en determinados ámbitos cerrados, sino que se extiende a zonas urbanas y públicas, a áreas privadas, a los centros comerciales, a las empresas y, en muchos casos, al interior de los hogares⁷⁷⁵. La vigilancia a la que estamos todos

*superan resistencias corporales, sino que se optimizan procesos psíquicos y mentales. El disciplinamiento corporal cede ante la optimización mental". HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, 2014, pp. 41 y 42 (la cursiva pertenece al original).*

⁷⁷³ "Pero, en la sociedad neoliberal, la connivencia ideológica que subyace a las alianzas algorítmicas estado-empresa hace insuficiente evidenciar solo las consecuencias coercitivas que puedan derivarse de la vigilancia automatizada. El castigo, la prohibición o la persecución directa, así como su interiorización, no están sino en el límite de un entramado gubernamental más sofisticado en el que el sujeto se balancea a sí mismo entre sutiles prácticas normalizadoras. Si consideramos que algunas de estas prácticas son ahora también mediadas por el software, identificaremos un discurso que delega la palabra en el perfilado de datos sin dejar por ello de bosquejear figuras y códigos modulados por la ideología neoliberal". SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, "El pastor, el doctor y el *Big Data*", en *Tecnocultura*, V. 11 (2), 2014, p. 254.

⁷⁷⁴ "Ante las formas próximas a un control incesante en medio abierto, es posible que los confinamientos más duros nos parezcan pertenecer a un pasado delicioso y benevolente". DELEUZE, Gilles, *Conversações*, 2010, p. 220 (la traducción es nuestra).

⁷⁷⁵ Al respecto, pone de manifiesto DELEUZE: "Nos encontramos en una crisis generalizada de todos los medios de confinamiento, prisión, hospital, fábrica, escuela, familia. La familia es un 'interior', en crisis como cualquier otro interior, escolar, profesional, etc. Los ministros competentes no paran de anunciar reformas supuestamente necesarias. Reformar la escuela, reformar la industria, el hospital, el ejército, la prisión; pero todos saben que esas instituciones están condenadas, en un plazo más o

sometidos es constante y está presente desde el nacimiento hasta el fin de la vida del sujeto, que, sin embargo, lo alimenta voluntariamente y lo autoriza inconscientemente.

En todo caso, aunque escapa al objeto de esta investigación el profundizar en los detalles de las transformaciones provocadas por la tecnología y por los aparatos electrónicos en la vida de los individuos que viven este tiempo, sin embargo es importante destacar que es justo por medio de éstos como la vigilancia se perfecciona y alcanza la máxima eficiencia. Porque es precisamente la cultura generada por las nuevas tecnologías lo que abrió las puertas a la observación exhaustiva de todos, en la medida en que las más diversas informaciones sobre todos los individuos forman parte hoy de los muchos *data centers* en posesión de tantas empresas privadas, no sólo a consecuencia de nuestra indiferencia ante la ostensible y omnipresente observación, sino también porque actualmente la vigilancia es parte de los más cotidianos e irrelevantes comportamientos como llamar por teléfono o pagar con una tarjeta de crédito⁷⁷⁶.

Porque, en efecto, es preciso subrayar que el control al que nos referimos no se reduce exclusivamente a las muchas imágenes recogidas por las múltiples

menos largo. Se trata sólo de gestionar su agonía y ocupar a las personas, hasta la instalación de las nuevas fuerzas que se anuncian. Son las *sociedades de control*, que están sustituyendo a las sociedades disciplinarias". DELEUZE, Gilles, *Conversações*, 2010, p. 224 (la cursiva pertenece al original; la traducción es nuestra). En el mismo sentido, se manifiesta BRANDARIZ GARCÍA: "Por una parte, el control deviene fin en sí mismo, autorreferencial, cuando menos en el sentido de que pierde cualquier caracterización disciplinaria, es decir, cesa de ser un instrumento de transformación de los sujetos. Por otra parte, se produce un traslado del control: este abandona la prisión como lugar específico, difundiéndose en el ambiente urbano y metropolitano". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, en *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, 2009, p. 33. En la misma línea, dice HAN: "La libertad y la comunicación ilimitadas se convierten en control y vigilancia totales. También los medios sociales se equiparan cada vez más a los panópticos digitales que vigilan y explotan lo social de forma despiadada. Cuando apenas acabamos de liberarnos del panóptico disciplinario, no adentramos en uno nuevo aún más eficiente". HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, 2014, p. 21.

⁷⁷⁶ Sosteniendo una comparación entre la vigilancia a la que estamos sometidos y la teoría de DELEUZE acerca de la sociedad de control, dicen NIETO MARTÍN y MAROTO CALATAYUD: "En las sociedades de control, gracias a las nuevas herramientas tecnológicas, la vigilancia es ubicua, ocupa todos los espacios de la vida pública y privada. En el modelo panóptico de vigilancia foucautiano el individuo sabía que era vigilado, en la sociedad de control, gracias a esta ubicuidad de la vigilancia, el ciudadano olvida que es vigilado, o no le importa, pues la vigilancia va implícita en tareas tan cotidianas como hacer una llamada telefónica, pasar a un establecimiento donde hay instalada una cámara de vigilancia, pagar en él con la tarjeta de crédito, o pasar el control de seguridad del aeropuerto". NIETO MARTÍN, Adán/ MAROTO CALATAYUD, Manuel, "Redes sociales en internet y «data mining» en la prospección e investigación de comportamientos delictivos", en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (Coords.), *Derechos y redes sociales*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 2010, p. 208.

cámaras instaladas por todas partes, sino que abarca también, entre otros, al obvio control de las comunicaciones por los correos electrónicos, por las llamadas telefónicas o por los mensajes de texto o de WhatsApp; o a los hábitos de consumo que se pueden deducir del uso de tarjetas de crédito o de las consultas en las páginas web.

Lo que resulta, en conclusión, preocupante es la compleja masa de información disponible para los poderes económico y político, que en conjunto forma lo que se conoce por *Big Data*⁷⁷⁷. El concepto de *Big Data* abarca tanto los datos recolectados por los métodos ya mencionados, como también los procesos de *data mining*⁷⁷⁸ por geolocalización o por sistemas de reconocimiento facial o de voz, que, cruzados con el contenido digital, espontáneamente compartido por el ciudadano común en las diversas y abundantes redes sociales⁷⁷⁹, permiten extraer informaciones detalladas sobre los individuos, no sólo en lo que se refiere a sus relaciones interpersonales o a sus actividades diarias, sino también a sus ideas, a sus

⁷⁷⁷ “El concepto de *Big Data* comprende el desarrollo de sistemas de recopilación, gestión y procesamiento de cantidades enormes de datos que exceden la capacidad del software convencional. No se refiere exclusivamente al volumen, sino también a la variedad y a la velocidad con la que estos datos pueden ser cruzados, representados y convertidos en información. En este contexto, que la lógica algorítmica de las grandes corporaciones de la red para la explotación de perfiles digitales confluya con la de los estamentos de control oficial no puede ser entendido como un hecho accesorio o neutral. El *Big Data* podría convertirse en un referente con competencia para devolver una imagen programada al sujeto, como si fuera un espejo al que acude a tantear su reflejo, un artefacto modulador del yo”. SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, en *Teknocultura*, 2014, p. 249. Al respecto, también se manifiesta HAN: “En las elecciones estadounidenses, el *big data* y el *data mining* se muestran como el huevo de Colón. Los candidatos adquieren una visión de 360 grados sobre los electores. Se recompilan enormes datos, incluso se compran e interrelacionan, de manera que se puedan generar perfiles muy exactos. De este modo también se adquiere una visión sobre la vida privada, incluso sobre la psique de los electores. Se introduce el *microtargeting* para dirigirse con precisión a los electores con mensajes personalizados y para *influenciarlos*. El *microtargeting* como praxis de la microfísica del poder es una *psicopolítica movida por datos*”. HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, 2014, pp. 94 y 95 (la cursiva pertenece al original).

⁷⁷⁸ *Data mining* (minería de datos o exploración de datos) es un campo de las ciencias de la computación dedicado al proceso que intenta descubrir patrones en grandes volúmenes de datos para transformarlos en una estructura comprensible para facilitar su uso posterior.

⁷⁷⁹ Como pone de manifiesto GALÁN MUÑOZ, los proveedores encargados de la gestión de los contenidos ofrecidos por el usuario intencionadamente, a través de sus políticas de privacidad, no ofrecen al usuario muchas alternativas respecto a la protección de sus datos, lo que favorece la exposición de su intimidad: “En realidad, estos sujetos, generalmente grandes multinacionales, son quienes definen las reglas del juego de la red que gestionan, lo que hace que ostenten una posición dominante ante los usuarios de sus servicios, quienes, una vez que deciden utilizarlos, solo pueden optar entre aceptar las condiciones generales que los proveedores les ofrecen o resignarse a sufrir el desarraigo que para quien ha nacido en la actual sociedad de la información (el verdadero nativo informático) les supondría no poder hacerlo”. GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en *RGDP*, nº. 19, 2003, p. 38.

deseos y a sus intereses, exponiendo la intimidad de los observados de forma aún más extrema que en los establecimientos panópticos clásicos.

Desde luego, ese complejo contenido ha sido utilizado tanto para aproximar al consumidor al mercado facilitándole la oferta personalizada de productos, como para conocer en profundidad al ciudadano, elector y potencial criminal, lo que ayuda al poder dominante en la orientación de comportamientos e intereses generando procesos de normalización y disciplina⁷⁸⁰.

Por lo que parece, las informaciones compartidas o recolectadas, que se añaden y se combinan, no llegan a ser consultadas o analizadas por seres humanos, sino que terminan convertidas en algoritmos interpretados y gestionados por sistemas automatizados. Los datos enviados por el ciudadano, sobre todo en sus experiencias socializadoras, terminan procesados y devueltos a su emisario formando un círculo ininterrumpido de reiteraciones que reflejan su propia imagen, por un lado, y que la direccionan, por otro.

Pero lo que más impresiona de este nuevo aparato de poder no es la mera posesión de información abundante por los agentes económicos o públicos. Más relevante es la percepción que se suele tener respecto al *Big Data* como mecánica autoreferente en relación a la construcción y a la determinación de la verdad⁷⁸¹. Es el único capaz de otorgar legibilidad a un entorno abisal de información, el único instrumento idóneo para llegar a deducciones irrefutables a través de la recogida e interpretación de esos datos, deducciones que hoy parecen servir de fuente orientadora de decisiones, sea de los detentadores del poder, sea del ciudadano común⁷⁸².

⁷⁸⁰ “Retornamos así a la cuestión de las relaciones para recuperar la idea de que el sistema industrial de comunicación produce no sólo mercancía informacional, sino también subjetividades que se integran apropiadamente en la estructura de la razón gubernamental neoliberal. [...] Nos encontramos de nuevo entonces con ese poder gestado en relaciones sistémicas que precisa de subjetividades que giren en torno a sus parámetros”. SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, en *Teknocultura*, 2014, p. 252.

⁷⁸¹ “De alguna forma, al confesarnos a la nube desde nuestros divanes móviles generamos enormes cantidades de datos susceptibles de ser recombinados algorítmicamente para visualizarse en distintas formas. Lo cual supone la entrada en escena de una nueva posibilidad: la contrastación de los propios comportamientos con valoraciones, predicciones y construcciones programadas y automáticas”. SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, en *Teknocultura*, 2014, p. 252.

⁷⁸² “En cierto modo, el *Big Data* toma posiciones para constituirse como «lo único» capaz de otorgar legibilidad a un entorno abisal de información. Nunca antes había sido posible acceder a un volumen de datos de tales dimensiones sobre individuos particulares, pero, sobre todo, nunca había sido

En estas circunstancias existe un cierto consenso en relación a la transferencia del control desde la gestión del Estado hacia el mercado, que ahora tiene en sus manos la posibilidad de la concreta omnisciencia respecto a todos los individuos y de usar esos datos como quiera⁷⁸³. En todo caso, esa tecnología de dominio no parece ser temida por el ciudadano común, o porque la mayoría nos encontramos inmersos en regímenes democráticos, o porque los individuos en general quizás aún no se han dado cuenta de su existencia, o porque la orientación de esa dinámica sólo parece servir a las relaciones de consumo, entendidas como no amenazantes. Sin embargo, desde una perspectiva crítica, es significativa la fuerza que tales aparatos representan, en especial en lo que se refiere a su capacidad de procesamiento de información y de extracción de referencias conclusivas sobre el individuo, lo que puede influenciar la clasificación de determinados sujetos en categorías de riesgo a eliminar.

Merece la pena, además, observar que la vigilancia por medio de la tecnología ha transformado tanto la lógica del castigo, como de la intervención penal, pues la información ahora facilitada permite no sólo observar los comportamientos ilegales y disidentes, sino también gestionarlos desde lejos, sin ni siquiera conocer al sujeto observado, lo que, a los ojos de la opinión pública, no parece ser una actitud preocupante por parte del Estado.

Además, si por un lado la posibilidad de control que ofrecen algunos aparatos electrónicos ha permitido la existencia de ciertas penas alternativas a la prisión o la

posible relacionar y manipular grandes conjuntos de datos en la forma que habilita el *Big Data*. Los Data Center están llamados a arrogarse una intensa capacidad de influencia sobre las decisiones políticas, económicas y sociales, pero también sobre las decisiones individuales y personales: una administración robotizada de la existencia que ya ha sido conceptualizada como gobernabilidad algorítmica”. SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, en *Teknocultura*, 2014, p. 251.

⁷⁸³ “Los datos personales han pasado así a convertirse en una codiciada mercancía que se compra y se vende sin ningún tipo de pudor por parte de los proveedores de las redes sociales [...]”. GALÁN MUÑOZ, Alfonso, en *RGDP*, 2003, p. 43. Sobre este tema, también se manifiesta PARISIER: “La fórmula de los gigantes de internet para esa estrategia de negocios es sencilla: cuanto más personalizadas sean sus ofertas de información, más anuncios lograrán vender y mayor será la oportunidad de que compres los productos ofrecidos”. PARISIER, Eli, *O filtro invisível. O que a internet está escondendo de você*, trad. Diego Alfaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2012, p. 13 (la traducción al español es nuestra). Y continúa el autor: “El futuro de la personalización –y de la propia computación– es una extraña amalgama de lo real y lo virtual. Es un futuro en el que la ciudad, nuestra habitación y todos los espacios entre los dos poseen lo que los investigadores llaman «inteligencia ambiental». Es un futuro en el que el ambiente se modifica para adecuarse a nuestras preferencias y hasta a nuestro humor”. PARISIER, Eli, *O filtro invisível. O que a internet está escondendo de você*, trad. Diego Alfaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2012, p. 171 (la traducción es nuestra).

concesión de la libertad anticipada a numerosos condenados que ya no necesitan permanecer en el ámbito penitenciario, por otra parte la fuerza interventora del sistema punitivo contemporáneo se intensificó, no sólo en lo que se refiere a la imposición cuantitativa de castigos, sino también en la intensidad del castigo concreto.

De este modo, a través de los nuevos métodos de observación ofrecidos por las nuevas tecnologías, el sistema potencia la vigilancia, no sólo respecto a la investigación de los acusados, incluso violando prohibiciones probatorias⁷⁸⁴, sino también en contra de sujetos disfuncionales y del ciudadano común, no criminal, con el argumento de la prevención.

B. *DEBTFARE*, NEO EXCLUSIÓN Y MOVIMIENTOS SOCIALES

Aparentemente, por tanto, en este modelo social en que nos vemos inmersos el marketing se impone como un instrumento de control social⁷⁸⁵ y a través de él se perfecciona el modelo capitalista contemporáneo. El obrero, hoy convertido en consumidor (o en mercancía, como también se entiende)⁷⁸⁶, tiene la necesidad de participar del mercado, de pertenecer a determinados grupos sociales artificiales

⁷⁸⁴ Respecto a las cada vez más comunes violaciones de las prohibiciones probatorias, manifiesta MUÑOZ CONDE: "Pero estos casos, en los que mediante tretas y empleo de medios técnicos se puede evadir fraudulentamente la prohibición constitucional de que nadie está obligado a declarar y mucho menos a aportar pruebas en su contra, no son más que la punta del *iceberg*, por donde cada vez más frecuentemente se va generalizando una praxis policial e incluso judicial que con medios más sutiles que la tortura, pero igualmente eficaces, infringe claramente este derecho constitucional". MUÑOZ CONDE, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*, 1ª. ed., Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 28 y 29.

⁷⁸⁵ "El marketing es ahora el instrumento de control social, y forma la raza insolente de nuestros señores. El control es de corto plazo y de rotación rápida, pero también continuo y limitado, mientras la disciplina era de larga duración, infinita y discontinua". DELEUZE, Gilles, *Conversações*, 2010, p. 228 (la traducción es nuestra).

⁷⁸⁶ BAUMAN usa una analogía interesante al equiparar el hombre consumidor al producto pues entiende que "para ser consumidor, primero hay que ser producto" (BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 2013, p. 96.). Por lo tanto, la mercantilización del sujeto sería presupuesto para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación en el mercado del consumo. Al respecto, el autor sostiene que: "Antes de consumir, hay que convertirse en producto, y es esa transformación la que regula la entrada al mundo del consumo. En primer término uno debe convertirse en producto para tener por lo menos una oportunidad razonable de ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de un consumidor". BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 2013, p. 96. Y continúa el autor: "El secreto de todo sistema social duradero (vale decir, capaz de reproducirse a sí mismo exitosamente) consiste en saber dar a sus «prerrequisitos funcionales» la forma de móviles del comportamiento de sus actores". BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 2013, p. 97.

que superan cada vez más las fronteras nacionales y las barreras lingüísticas hacia modelos transnacionales. Desde estos nuevos signos que pasan a establecer esas nuevas identidades, se hace frecuentemente uso de la emoción en los procesos de convencimiento al consumo, los cuales influyen el surgimiento de necesidades especialmente relacionadas con la adquisición de mercancías, que reafirman su pertenencia al grupo⁷⁸⁷. Por ello se puede deducir que la propia idea del consumo viene a emerger como una instancia de control, que parece yuxtaponerse con muchas otras hasta que se consolidan en un estereotipo a seguir por aquéllos que desean identificarse como parte del todo.

Desde luego, conviene observar que ese nuevo comportamiento presenta consecuencias graves o daños colaterales, como señala BAUMAN, que resultan muy evidentes⁷⁸⁸. Si por un lado, como ya hemos comentado, se creía que el consumo favorecería la inclusión, por otro lado el deseo de adquirir bienes y mercancías de los individuos lleva al sobreendeudamiento de los mismos, hasta el punto en que el exceso de la oferta de crédito, tanto por parte del Estado como por los diversos agentes económicos presentes en el mercado, amenazaría la estabilidad del propio mercado⁷⁸⁹. El escaso volumen dinerario en manos de quien ya se encuentra muy comprometido económicamente genera una gran inestabilidad frente a las reales

⁷⁸⁷ “La economía neoliberal, que en pos del incremento de la producción permanentemente destruye continuidad y construye inestabilidad, impulsa la *emocionalización* del proceso productivo. [...] El capitalismo del consumo introduce emociones para estimular la compra y generar necesidades”. HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, 2014, p. 72.

⁷⁸⁸ “Los daños colaterales causados por la marcha triunfal del progreso consumista están desperdigados en todos los ámbitos de las sociedades «desarrolladas» contemporáneas. Sin embargo, existe una nueva categoría de población, antes ausente del mapa mental de las divisiones sociales, que puede considerarse víctima colectiva del «daño colateral múltiple» del consumismo. El (sic) los últimos años, esta categoría ha sido definida como «infraclase»”. BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 2013, p. 165.

⁷⁸⁹ “En primer lugar, se evidencia que en algunos países del Centro el avance hacia una inclusión mediante la capacidad de consumo no produjo (o no solo) una recuperación de la ética del trabajo, sino sobre todo una persecución de la renta por vías distintas a la salarial. En este sentido, se ha señalado con acierto que el proceso de financiarización, en virtud del cual cuotas crecientes de la renta de los individuos dependen de los mercados financieros, ha supuesto una transición desde un poder de control y disciplinamiento articulado en torno a la coerción laboral, hacia un esquema homólogo sustentado ante todo en esos mercados y en la sujeción derivada del endeudamiento”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, pp. 71 y 72. Al respecto, DELEUZE también reconoce las consecuencias negativas de la cultura del endeudamiento: “El hombre ya no es el hombre confinado, sino el hombre endeudado. Es verdad que el capitalismo mantuvo como constante la extrema miseria de tres cuartos de la humanidad, demasiado pobre para la deuda, demasiado numeroso para el confinamiento: el control no sólo tendrá que enfrentar la disipación de las fronteras, sino también la explosión de los guetos y barrios pobres”. DELEUZE, Gilles, *Conversações*, 2010, p. 228 (la traducción es nuestra).

posibilidades de pago de las deudas asumidas. Y no hablamos sólo de sujetos pertenecientes a las capas más bajas de la sociedad, naturalmente excluidas, sino que esta realidad impactó a todas las clases sociales, pues, independientemente de la capacidad económica de cada uno, los que se motivan por el consumo se encuentran en general en algún nivel de endeudamiento. En esta línea de planteamiento afirman HARDT y NEGRI que, en verdad, la sociedad se ha movido desde el *welfare* hacia el *debtfare*, es decir, hacia una nueva coyuntura de mercado en la cual el ciudadano es convencido para sobreendeudarse como una nueva estrategia de poder⁷⁹⁰.

De este modo, en el modelo anterior la explotación del trabajo correspondía a un pago que se entendía proporcional al esfuerzo dedicado a la actividad realizada y era precisamente esa remuneración la que generaba, de alguna forma, una cierta equiparación entre el poder y la fuerza productiva. Pero esa misma relación de explotación del individuo ante el capital hoy ya no se manifiesta a través de un intercambio, sino como una “relación jerárquica entre deudor y acreedor”, la cual suele precarizar aún más las condiciones sociales de la parte más débil de esa relación⁷⁹¹.

En los tiempos actuales, los sistemas económico y punitivo han establecido por tanto nuevos criterios acerca del significado de la exclusión. Todo ello nos lleva a comprender que ya no se trata simplemente de gestionar al sujeto marginado, periférico, miserable, sino, como observa BRANDARIZ GARCÍA, al individuo sobreendeudado, que, en los tiempos clásicos del asistencialismo, no pertenecía al centro de interés de las políticas públicas de bienestar⁷⁹². La imagen, las

⁷⁹⁰ “La red de protección social ha pasado de un sistema de *welfare* [estado de bienestar] a uno de *debtfare* [estado de endeudamiento], a medida que los préstamos se convierten en los principales medios de satisfacción de las necesidades sociales”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, pp. 17 y 18.

⁷⁹¹ “En un tiempo había una masa de trabajadores asalariados; hoy hay una multitud de trabajadores precarios. Los primeros eran explotados por el capital, pero esa explotación estaba oculta por los mitos de un intercambio libre e igual entre propietarios de mercancías. Los segundos continúan siendo explotados, pero la imagen dominante de su relación con el capital ya no se configura como una relación de intercambio igual, sino más bien como una relación jerárquica entre deudor y acreedor”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, p. 18.

⁷⁹² “Si esta tesis -como aquí se cree- merece ser objeto de atención, su corolario en la actual etapa de recesión es que la exclusión social va a incluir de forma creciente la figura subjetiva del individuo (sobre-) endeudado. Un problema singular derivado de la novedad de esta figura es que el sistema asistencial siempre ha estado pensado desde la perspectiva bien de la gestión -más bien miserable-

características, las ideas de ese nuevo personaje, miembro de una clase media hoy empobrecida, quizás aún más difícil de gestionar y de convencer, se aleja, y mucho, de los ya conocidos sujetos olvidados por el sistema⁷⁹³. Por ello, se podría entender que este grupo de los neo excluidos, que ahora se rebela en contra de los actores políticos responsables de su condición, no incluye sólo a la clase marginada o al contingente residual del capitalismo, sino también a la fuerza productiva explotada y deteriorada por el neoliberalismo, inmersa en el sistema, pero excluida del poder.

Asimismo, también se podría observar a estos sujetos desde el concepto de multitud propuesto por HARDT y NEGRI, referido al cuerpo productivo organizado y orientado a reverberar las insatisfacciones que mueven a la masa en sentido contrario a la globalización y a la aceptación del deterioro provocado por el capitalismo extremo⁷⁹⁴.

de la pobreza, bien de la reintegración en un marco laboral. En gran medida por ello, el sistema asistencial se muestra particularmente inhábil para poder gobernar este nuevo modelo de exclusión, que viene a sumarse a los tradicionales". BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 72.

⁷⁹³ "Está emergiendo una nueva figura del pobre que no solo incluye a los desempleados y a los trabajadores precarios con trabajos irregulares y a tiempo parcial, sino también a los trabajadores asalariados estables y a los estratos empobrecidos de la llamada clase media. Su pobreza se caracteriza ante todo por las cadenas de la deuda". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Declaración*, 2012, p. 21.

⁷⁹⁴ "La multitud es la auténtica fuerza productiva de nuestro mundo social, en tanto que el imperio es un mero aparato de captura que vive a costa de la vitalidad de los pueblos [...]". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 71. Y continúan estos autores: "[...] la acción de la multitud se hace principalmente política cuando comienza a enfrentarse de manera directa y con una conciencia adecuada a las operaciones represivas centrales del imperio. Se trata de reconocer y abordar las iniciativas imperiales y no permitirles restablecer continuamente el orden; se trata de cruzar y violar los límites y las segmentaciones impuestos sobre la nueva fuerza laboral colectiva; se trata de reunir estas experiencias de resistencia y empuñarlas concertadamente contra los centros nerviosos del mando imperial". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 362. Los autores también se manifiestan al respecto en otra oportunidad: "La multitud se compone de un conjunto de singularidades, y aquí entendemos por singularidad un sujeto social cuya diferencia no puede reducirse a uniformidad: una diferencia que sigue siendo diferente. [...] Pero la multitud, aunque no deje de ser múltiple, no es algo fragmentado, anárquico ni incoherente". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Caracas, Editorial Random House Mondadori, 2007, p. 127. Y continúan los autores: "Con el término de multitud, en cambio, designamos a un sujeto social activo, que actúa partiendo de lo común, de lo compartido por esas singularidades. La multitud es un sujeto social internamente diferente y múltiple, cuya constitución y cuya acción no se fundan en la identidad ni en la unidad (ni mucho menos en la indiferenciación), sino en lo que hay de común. [...] La multitud, aunque siga siendo múltiple e internamente diferente, es capaz de actuar en común y, por lo tanto, de regirse a sí misma. En vez de un cuerpo político, en donde uno manda y otros obedecen, la multitud es *carne viva* que se gobierna a sí misma. [...] La multitud es el único sujeto social capaz de realizar la democracia, es decir, el gobierno de todos por todos". HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, 2007, p. 128 (la cursiva pertenece al original).

La multitud ocupa, llena los espacios públicos y se apropia de ellos para mostrar su indignación, concretando las ideas de HESSEL: “Crear es resistir. Resistir es crear”⁷⁹⁵. En definitiva, la multitud se ha convertido en el nuevo centro de interés del poder político-económico, precisamente porque se le está enfrentando y está amenazando su longevidad.

Como sostienen HARD y NEGRI, parece evidente que es justo el enfrentamiento lo que mueve al Imperio (es decir, al poder organizado, libre de fronteras, gestor de toda la vida y medio social⁷⁹⁶) a intervenir en los movimientos de los insatisfechos. Así, en la búsqueda por la autoconservación, el poder se dedica a intentar controlar a la multitud, imponiendo barreras a la concentración de los grupos, dificultando la interacción entre sus miembros e intimidándoles con castigos extremos⁷⁹⁷.

Todo ello podría aclarar, por lo demás, la reciente orientación asumida por el sistema penal en las últimas reformas, en las que cabe fácilmente apreciar el protagonismo de la prevención general negativa. En este nuevo escenario social, considerando los altos índices de exclusión, la neutralización de los nuevos sujetos nocivos para el sistema no podría concretarse de forma expansiva, precisamente

⁷⁹⁵ HESSEL, Stéphane, *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de la insurrección pacífica*, trad. Telmo Moreno Lanaspá, Undécima impresión, Barcelona, Ediciones Destino, 2013, p. 48.

⁷⁹⁶ Para HARD y NEGRI, el imperio no es representado por ningún Estado-nación concreto: “*Estados Unidos no constituye –y en realidad, ningún Estado-nación puede hoy constituir– el centro de un proyecto imperialista*. El imperialismo ha terminado. Ninguna nación será un líder mundial como lo fueron las naciones europeas modernas”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 15 (la cursiva pertenece al original). Y continúan los autores: “El concepto de imperio se caracteriza principalmente por la falta de fronteras: el dominio del imperio no tiene límites. [...] el dominio del imperio opera en todos los registros del orden social y penetra hasta las profundidades del mundo social. El imperio no sólo gobierna un territorio y a una población, también crea el mundo mismo que habita. No sólo regula las interacciones humanas, además procura gobernar directamente toda la naturaleza humana. El objeto de su dominio es la vida social en su totalidad; por consiguiente, el imperio presenta la forma paradigmática del biopoder”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, pp. 15 y 16.

⁷⁹⁷ “Es bajo el signo de esa potencial amenaza que el estado se rearma frente a cualquier forma de disidencia política. Como le es imposible vigilar a las fuerzas en movimiento, a todos esos grupos emergentes –y escurridos– de una gran capacidad de movilización en la disputa por los derechos, sus funciones de control se extienden indefinidamente alcanzando a castigar de modo ejemplar cualquier infracción del orden”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las «clases peligrosas»”, en *REIC*, nº. 17, 2015, p. 150.

porque el número de individuos a gestionar demandaría un volumen de recursos públicos que no parece viable en las actuales circunstancias económicas⁷⁹⁸.

Hay que tener en cuenta, además, y eso parece ser lo más relevante en este tema, que esos nuevos enemigos, aunque puedan considerarse una amenaza para el mantenimiento del *status quo* político y peligrosos por su capacidad de organización y movilización, siguen mayoritariamente ejerciendo sus funciones productivas y consumidoras. Esos actores se encuentran plenamente inmersos en las dinámicas tecnológicas, a las que nos hemos referido anteriormente, comparten voluntariamente sus informaciones *on line*, forman parte de la estructura de replicación del estímulo a los valores capitalistas y venden su fuerza productiva a cambio de un pago que regresará al mercado a través de más consumo. Restringir su libertad es excluir a un agente activo en el flujo económico, así que se puede deducir que esos sujetos terminan siendo más relevantes para el sistema si son mantenidos en libertad, obviamente bajo una estricta observación.

Desde este punto de vista, aunque no se deba afirmar tajantemente que la neutralización haya sido reemplazada por la intimidación, sin embargo es evidente que ahora, más que nunca, aquélla parece reservada precisamente para los casos más extremos (quizás como una renovación del delincuente incorregible de VON LISZT) o para aquéllos usados como ejemplo por el Estado para conseguir aún más intimidación. Siguiendo este planteamiento se podría deducir que los demás, como se consideran útiles para la preservación de la cultura neoliberal, sólo necesitan ser gestionados y amenazados.

Como ya hemos planteado anteriormente, las promesas de libertad y de mejora en las condiciones de vida, proferidas por el neoliberalismo, no sólo no se han concretado sino que han demostrado ser bastante contradictorias. No queremos, con eso, oponernos al modelo capitalista, pues son evidentes los distintos

⁷⁹⁸ “Como es evidente, una Política criminal expansiva requiere ingentes recursos públicos, seguramente mayores que los que implicaría un gobierno asistencial de la exclusión. [...] Por ello, es dudoso que una política penal de matriz soberana, orientada sustancialmente hacia la neutralización, sea viable en términos económicos. Ante esta encrucijada de quimeras, y ante el probable repunte de la conflictividad y la exclusión social, lo más probable es que en la Política criminal de los Estados más afectados por la *Gran Recesión* se verifique una dicotomía: una recuperación de la autoridad soberana en el plano comunicativo de la criminalización primaria, y una gestión realista de los recursos escasos en el de la criminalización secundaria”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, 2014, p. 73.

beneficios que se derivan del desarrollo de la sociedad, del conocimiento, de las ciencias y de la tecnología, sobre todo como consecuencia del estímulo de la acumulación y del crecimiento económico. No obstante, es evidente que ese modelo, llevado al extremo, afecta negativamente a los derechos de los ciudadanos, deteriora las condiciones de vida y perjudica la salud y la felicidad de muchos individuos por todas partes. Así que es claramente necesaria la participación interventora de un Estado fuerte que pueda regular las relaciones entre el mercado y el ciudadano, dedicando especial atención a este último.

Sin embargo, el poder político no parece estar comprometido con minimizar los efectos procedentes del sistema económico analizado, cuyas contradicciones, cada día más evidentes, se agravarán en la primera década del siglo XXI. El exceso de tensión, opresión y recortes a que viene siendo sometida la sociedad, no sólo española, sino internacional, impactada por el neoliberalismo, ha derivado en profundas insatisfacciones sociales que han conducido inevitablemente al enfrentamiento con los personajes entendidos como responsables de los perjuicios sufridos.

Ante la impresionante indiferencia del Estado, sería un error contar con la resignación de los indignados, así como también lo sería creer que la insurrección no llegaría⁷⁹⁹. En definitiva, tenían razón HARDT y NEGRI cuando reconocían que el propio poder consolida las estructuras que llevan a la revolución, pues ante la inexistencia de un Estado mediador entre el individuo y el mercado y la crisis de

⁷⁹⁹ “No en vano estos nuevos actores sociales se proponen fortalecer la sociedad civil, cada vez más debilitada por su separación de los centros de poder, y sacar de la invisibilidad y el aislamiento a esa multitud fragmentada de excluidos, que son víctimas de la discriminación y de la depredación capitalista”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *REIC*, 2015, p. 17.

representación que de ella se deriva⁸⁰⁰, sólo cabe a la parte explotada reivindicar sus intereses⁸⁰¹.

En relación con ello, parece significativa la opinión doctrinal respecto a la natural posición contradictoria en que muchas veces se encuentran el poder político y los movimientos sociales. Al respecto sostiene TEJERINA MONTAÑA la existencia de tensiones de competencia entre los partidos políticos y los movimientos sociales, quizás como consecuencia de procesos de dominación ideológica de uno sobre el otro, lo que mostraría quién ostenta más poder⁸⁰².

Tensiones semejantes se encuentran en la relación entre los movimientos sociales y el Estado, pues si por un lado necesitan equilibrar sus demandas de acuerdo con la viabilidad de las mismas, el poder público necesita observar tanto los costes políticos de ceder ante esas demandas, como la legitimidad que podría otorgarle el atenderlas⁸⁰³. Sin embargo, el conflicto entre ambos también puede

⁸⁰⁰ Llama la atención en las reivindicaciones que se hacen oír, el subrayado hecho en las protestas sobre la ausencia del Estado y la percepción pública respecto a los actores que interesa al poder proteger. Por ello, observa ERREJÓN GALVÁN: “Por decirlo en forma simple: la reclamación de «democracia» -*lo llaman democracia y no lo es*- es la demanda que articula y resignifica a las demás en un compuesto nuevo. La crisis de representación, el *no nos representan* adquiere así sentido ideológico al ser vinculado con el poder sin límites de la minoría más rica de la población, y con los efectos perniciosos de que la ley de la acumulación privada prime sobre las necesidades sociales y la soberanía nacional y popular”. ERREJÓN GALVÁN, Iñigo, “El 15-M como discurso contrahegemónico”, *Encrucijadas*, nº. 2, 2011, p. 136 (la cursiva pertenece al original).

⁸⁰¹ “El imperio crea un potencial para la revolución mayor que el que crearon los regímenes modernos de poder porque nos presenta, junto con la maquinaria de mando, una alternativa: el conjunto de todos los explotados y sometidos, una multitud que se opone directamente al imperio, sin que nada medie entre ellos”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, 2002, p. 357.

⁸⁰² “La imagen que domina el escenario de las relaciones entre movimientos sociales y partidos políticos es, sin embargo, la del conflicto. La confrontación entre ellos es el resultado de percibir al otro como una amenaza potencial más o menos directa a la existencia propia o como un enemigo”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, 2010, p. 211. Y continúa el autor: “El intento de influir en los partidos políticos permite alcanzar, en caso de éxito, con mayor rapidez las propuestas provenientes de los movimientos sociales, al tiempo que al ser asumidas por aquéllos, se garantiza su permanencia más allá de la efímera suerte de muchas organizaciones. El funcionamiento de estos dos ámbitos separados permite el establecimiento de un diálogo crítico entre partidos políticos y movimientos sociales”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, 2010, p. 213.

⁸⁰³ “Los movimientos sociales se debaten en la búsqueda de un difícil equilibrio entre la coherencia de los principios y la búsqueda de resultados, la intervención en la discusión de la adopción de medidas políticas y la búsqueda de soluciones posibilistas. [...] El Estado se debate entre los costes políticos de ceder a las presiones de los movimientos sociales y la búsqueda de la legitimidad que éstos pueden proporcionar a sus actuaciones. No es infrecuente que esta doble dicotomía termine generando una situación de conflicto”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, 2010, p. 223.

proceder de diferencias ideológicas, sobre todo cuando el Estado no se muestra dispuesto a atender a las reivindicaciones sociales⁸⁰⁴.

En esas circunstancias, es común que los proyectos políticos de los detentadores del poder se vean amenazados por la insistencia de las demandas sociales en reformarles, lo que fomenta la tensión entre ambos actores, pudiéndose llegar a intervenciones a través de la fuerza. Desde el poder público, se nota la necesidad de reprimir los movimientos organizados pues su indiferencia frente a ellos puede expandir, de forma insostenible, la movilización. Por otra parte, la represión puede tanto intimidar a los activistas, como también conducir a niveles muy altos de violencia, caso de que los grupos estén dispuestos al enfrentamiento extremo. Por ello, la represión estatal, si es entendida por la colectividad como injusta en oposición a la legitimidad del movimiento, puede acentuar la participación de aquéllos que se mantenían alejados del debate y acrecentar la disidencia⁸⁰⁵.

Hay que tener en cuenta además que la pérdida de inteligencia política en la autolimitación del uso de la fuerza utilizada para el control del disidente puede, evidentemente, conducir a la comisión de actos terroristas, tanto por parte de los que no obedecen al Estado, como por parte del propio Estado, si decide llevar al extremo la lucha contra la disidencia, alejándose de los límites constitucionales. De lo que se suele deducir que, en conflictos de ese orden, es importante que se mantenga el debate de las ideas y se evite el embate de los cuerpos, para que el sistema democrático no se vea afectado por las diferencias entre ambos lados.

Siguiendo este planteamiento, el reciente despliegue de los movimientos sociales en diversos países, en los últimos años, parece sintomático y merece nuestra atención, así como también la postura de enfrentamiento que ha adoptado

⁸⁰⁴ “En ocasiones, el conflicto tiene como causa la confrontación entre dos proyectos antagónicos que se consideran excluyentes y que se contraponen constantemente, sobre todo cuando lo que era el ámbito exclusivo de actuación de un movimiento se institucionaliza”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, 2010, p. 224.

⁸⁰⁵ “La ausencia de represión puede posibilitar el desarrollo de un movimiento social en sus primeras etapas. Pero la no acción del Estado permite la consolidación de estructuras organizadas cuando éstas son capaces de movilizar con éxito los recursos disponibles. El resultado de la represión ejercida por el Estado no sólo depende de su capacidad coercitiva, también está relacionado con la capacidad de los movimientos sociales para hacer frente a la coacción. Entre Estado, movimiento social y represión se produce una estructura de interacción que puede tener resultados ambivalentes”. TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, 2010, p. 227.

ante estos movimientos el poder público. Precisamente respecto a España, es importante resaltar los acontecimientos iniciados con el 15-M, movimiento a través del cual miles de personas por todo el territorio nacional sostuvieron innumerables críticas al modelo político-económico⁸⁰⁶.

En efecto, el tema principal de las protestas estaba relacionado con las diversas consecuencias del capitalismo avanzado y con la crisis económica en que los ciudadanos se veían inmersos, y respecto de la cual no parecía haber muchas esperanzas de recuperación⁸⁰⁷. Entre otros, se protestaba contra el alejamiento del Estado respecto de los temas sociales, la falta de credibilidad de la clase política, percibida por el ciudadano como una corrupta y connivente con los desmanes del capital, la precarización de las relaciones laborales y de los beneficios sociales, incluso como consecuencia del uso de dinero público para la recuperación de instituciones financieras fallidas, la insaciabilidad del sistema financiero respecto al deterioro de las condiciones del hombre común, el desempleo, las dificultades encontradas por muchos para tener una vivienda y los muchos desahucios.

Insatisfacciones que fueron desarrollándose a lo largo del tiempo ante las más diversas circunstancias de explotación y desamparo experimentadas por muchos ciudadanos. Ciudadanos que, inmersos en una ola crítica y ante las contradicciones existentes en un modelo social que trata de sostener una estructura democrática y que, al mismo tiempo, fomenta la explotación económica de la población, terminaron en un gran número compartiendo el discurso sobre la relevancia del enfrentamiento con los detentadores del poder, pues muchos de ellos habían pasado por algunas de las dificultades apuntadas allí⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ El movimiento en cuestión no ha sido el primero, pero sí el que quizás ha impactado con más intensidad la política española hasta el presente momento del siglo XXI. Respecto a otros movimientos anteriores, vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *REIC*, 2015, pp. 20-22.

⁸⁰⁷ Sobre el éxito del 15-M, aclara TAIBO: "Al respecto se reunieron elementos varios: el rechazo de lo que supone la *clase política*, la extensión de los casos de corrupción, la estéril escenificación de aparentes confrontaciones entre los grandes partidos, la certificación de que los bancos y las corporaciones económico-financieras no dejaban de ganar dinero mientras recibían cuantiosos recursos públicos, una legislación laboral que producía sonrojo y, en fin, las secuelas de medidas de ajuste traducidas en recortes en derechos sociales, en la educación y en la sanidad. No es difícil arribar a la conclusión de que, con estos antecedentes, fueron muchos los ciudadanos comunes que sintonizaron rápidamente con el movimiento que nacía". TAIBO, Carlos, *Nada será como antes. Sobre el movimiento 15-M*, Madrid, Catarata, 2011, p. 24.

⁸⁰⁸ "La exposición de casos individuales que se repiten una y otra vez -la falta de acceso a la vivienda, la precariedad laboral, la carestía de la vida, la desconfianza hacia los políticos, el hartazgo o la pobreza

Frente a estas reivindicaciones, que en su esencia dejan traslucir la disidencia respecto del modelo económico imperante (que por su parte ha dominado los intereses políticos), la agresividad de las últimas reformas legales expresa claramente el interés del legislador en hacer uso de la intimidación con el fin de desmovilizar los estallidos activistas.

En este escenario, se está implantando una nueva realidad jurídica que conviene observar con seriedad, pues se está produciendo de forma evidente una serie de recortes a las libertades de expresión y de reunión, además de haberse redefinido el concepto de terrorismo, que ahora parece abarcar cualquier movimiento que se oponga a las soberanías política y económica y a los actores públicos y privados encargados de gestionarlas, sin que sea necesaria la realización de conductas tradicionalmente relacionadas con hechos criminales de esa clase. El carácter intimidatorio extremo que ostenta la última reforma penal española merece un análisis detallado, teniendo en cuenta que la supuesta amenaza contra la que el Estado se muestra dispuesto a luchar con sus más duras armas parece partir de sectores sociales que nunca han estado relacionados con bandas armadas y que poco tienen que ver con ninguna tendencia a la criminalidad o a la violencia.

Por todo ello, en el próximo capítulo analizaremos las recientes reformas del código penal, específicamente en lo relativo a los delitos de terrorismo y sobre todo en lo que se refiere a la respuesta penal a su realización, reformas que muestran claramente los distintos caminos elegidos en cuanto al sentido de la pena, puestos en marcha por los legisladores de 2003, 2010 y 2015.

-tiene una extraordinaria fuerza. Por una parte habla directamente a cada individuo desde condiciones que todos conocen, pero que hasta entonces no han sido problematizadas en común. [...] Los «ejemplos» que todo el mundo conoce, enunciados en primera persona, exponen y encarnan un problema colectivo y movilizan la empatía y la confluencia sin solicitar mayores adhesiones ideológicas”. ERREJÓN GALVÁN, Iñigo, en *Encrucijadas*, 2011, p. 132.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO PENAL Y CONTROL

I. CONTROL Y TERRORISMO

Como hemos analizado, las circunstancias político-económicas de la sociedad contemporánea, que se ve en el día a día enfrentando las consecuencias del capitalismo avanzado, ha llevado a importantes grupos poblacionales de todas partes del mundo a rebelarse contra el sistema económico y, de cierta forma, también en contra de sus Estados, en la búsqueda de una estabilidad que les pueda garantizar su participación en el mercado como consumidores o el acceso a determinados derechos que ya no parecen tener.

La crisis del capitalismo y de la legitimidad del poder político, el alejamiento de éste respecto de la protección de los intereses del pueblo, el aumento de la dureza del mercado o la insatisfacción con los servicios públicos son varias de las razones que han despertado en la sociedad la conciencia respecto de la posición antagónica en que se encuentra frente al Estado y el vacío dejado por éste en lo que se refiere a su protección, conciencia que ha provocado en muchos el deseo de modificación del panorama que les oprime.

Como señalan HARDT y NEGRI, los movimientos organizados en contra de las prácticas capitalistas abusivas parecen mostrar la formación de un nuevo poder, que para los que sostienen el *status quo* impuesto resulta especialmente amenazante por la fuerza que transmiten, por su capacidad organizativa y, sobre todo, por las posibilidades de que conduzcan a la desestructuración del modelo existente⁸⁰⁹. Esa nueva figura colectiva, estimulada por elementos revolucionarios, parecen conllevar

⁸⁰⁹ “Las formas organizativas democráticas sugeridas por el trabajo biopolítico añaden otro elemento a la definición de la actividad revolucionaria: al fuego de la táctica desestabilizadora y de la estrategia desestructuradora añaden el proyecto de construcción de un nuevo poder, un nuevo tipo de poder, mediante el cual la multitud es capaz de gestionar el común. De esta suerte, la revolución apunta a la generación de nuevas formas de vida social. Esto implica una nueva forma de toma de decisiones políticas”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Commonweath. El proyecto de una revolución del común*, trad. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2011, p. 355.

un tipo de argumentación con el que muchos pueden identificarse, así que su potencial de crecimiento también asusta a aquéllos que se encuentran muy acomodados en las mecánicas productivas dominantes.

Ciertamente corremos el riesgo de sostener una perspectiva ingenua acerca de los procesos de enfrentamiento al poder a los que venimos asistiendo en los últimos años, sin embargo, aún así creemos que dichos movimientos no tienen la intención de realizar acciones dirigidas a la toma del poder por la fuerza, así que no parece muy razonable que se trate de confundir dichos grupos con grupos terroristas dirigidos a la destrucción del orden constitucional.

En ese sentido HARDT y NEGRI destacan acertadamente que la insurrección que parece despuntar no se caracteriza como golpe de Estado, sobre todo porque no trata de sustituir las instituciones estatales existentes por otras análogas, sino que sólo parece desear dirigirlas a nuevos fines que atiendan más a sus intereses, pues el Estado, dentro de la realidad del momento, ya no garantiza las libertades, sino los logros capitalistas⁸¹⁰.

Desde luego, para llegar a esa nueva configuración es necesario el desmantelamiento de las mecánicas existentes, lo que se puede mostrar como peligroso e incómodo, sobre todo por las posibilidades de que se arrebate de las manos de algunos la posibilidad de gestión poblacional, que les parece muy útil y rentable. Así que, se podría decir que “una «multitud desarmada» es mucho más eficaz que una banda armada”⁸¹¹.

⁸¹⁰ “Al objeto de abrir un camino para la revolución, la insurrección debe ser preservada y consolidada en un proceso institucional. Por supuesto, esta concepción institucional de la insurrección no debe confundirse con el golpe de Estado, que se limita a sustituir las instituciones estatales existentes por otras comparables y homólogas. Como hemos dicho, la multitud no tiene interés en hacerse con el control de los aparatos de Estado, ni siquiera para dirigirlos hacia otros fines -o, para ser más exactos, sólo quiere poner sus manos en los aparatos del Estado para desmantelarlos-. No considera el Estado como la esfera de la libertad, sino como la sede de la dominación, que no sólo garantiza la explotación capitalista y defiende el imperio de la propiedad, sino que también mantiene y patrulla todas las jerarquías de identidad. Implicarse políticamente con las instituciones del Estado es sin duda útil y necesario para las luchas contra la subordinación, pero la liberación sólo puede aspirar a su destrucción. Esto podría dar a entender que la insurrección es enemiga de las instituciones, pero de hecho, como hemos dicho, la insurrección precisa de instituciones -sencillamente se trata de otro tipo de instituciones”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Commonweath. El proyecto de una revolución del común*, 2011, p. 356.

⁸¹¹ “De hecho, a nuestro juicio hoy cada vez más una «multitud desarmada» es mucho más eficaz que una banda armada y el éxodo es más poderoso que el asalto frontal. En este contexto, el éxodo cobra a menudo la forma del sabotaje, de la renuncia a la colaboración, de las prácticas contraculturales y de la desobediencia generalizada. Tales prácticas son eficaces porque el biopoder siempre está

A pesar de la desvinculación existente entre terroristas e indignados, el Estado español, con el apoyo de la retórica política y de los medios de comunicación, viene sosteniendo la equiparación entre sus respectivas intenciones, de forma que, aunque las estrategias utilizadas por los movimientos populares no se correspondan con absolutamente ninguna de las acciones que se han considerado tradicionalmente como terroristas, la opinión pública parece, de alguna forma, convencerse de que, de hecho, hay en ellos algunos aspectos amenazantes para el orden democrático.

La insistente asociación entre universos tan distintos parece formar parte de una estrategia de poder que trata de transferir a los insurgentes el mismo rechazo y la misma carga negativa que ya ya se había conseguido anteriormente atribuir a los terroristas, así que revistiéndoles con esa máscara y omitiendo el lado positivo y colectivo que tienen muchas de las reivindicaciones de los movimientos sociales, la consiguiente aceptación pública de su represión, tanto por la justicia como por el enfrentamiento directo en la calle, además de alejar futuros adeptos o simpatizantes de estos movimientos, colabora con el mantenimiento del poder en manos de quienes hoy lo detentan.

En una clara plasmación de lo que ya hemos visto respecto a las relaciones entre el capital y el poder político, y entre éstos y los medios de comunicación, llaman además la atención los esfuerzos puestos en marcha por los grupos informativos para disminuir la relevancia de las reivindicaciones de estos movimientos, utilizar referencias negativas al referirse a la forma en que actúan y desprestigiar a muchos de sus miembros más politizados, cuando tratan de ocupar plazas en los cargos electivos.

Por esta razón, estamos de acuerdo con VITALE cuando sostiene que los medios, de una forma o de otra y por diversas razones, terminan tratando de defender el poder constituido, menospreciando las razones que animan a los grupos de resistencia y apegándose a la idea de legalidad, más que de justicia o de

«sujeto» a la (sic) subjetividades sobre las cuales gobierna. Cuando éstas abandonan el terreno, crean vacíos que el biopoder no puede tolerar”. HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Commonweath. El proyecto de una revolución del común*, 2011, p. 369.

moralidad, en la defensa del punto de vista que tratan de imponer⁸¹². Y, desde el momento en que, como ya vimos, el hombre común se deja conducir por los mensajes transmitidos por los medios, la reacción del pueblo, en general, termina siendo la de desaprobar a los grupos de resistencia⁸¹³.

Por lo demás, la manera en que el Estado está tratando de reaccionar ante las explosiones de insurgencia no parece razonable ni justa.

Como veremos en este capítulo, la reforma penal de 2015 ha legitimado una tendencia que parecía haber sido puesta en marcha desde mucho antes. Asistimos, de esta manera, a un progresivo incremento de la presión penal, uniéndose ahora al aumento de la intensidad del castigo para determinados delincuentes (como los terroristas), al que ya veníamos asistiendo desde 2003 (véase *infra*, epígrafe II), la expansión del grupo de sujetos a los que se dirige ese castigo excepcional, que se intenta actualmente extender para abarcar a la disidencia política (véase *infra*, en este mismo epígrafe).

A. GUERRA AL TERRORISMO Y CONTROL

A la vista de lo ya expuesto respecto de las transformaciones socio-económicas que han tenido lugar durante las últimas décadas del siglo XX y a principios del XXI en los países de capitalismo avanzado, pasaremos a analizar ahora de qué manera dichas transformaciones afectaron a la realidad jurídica española en lo que respecta al tratamiento penal del terrorismo. Obviamente, los efectos de los

⁸¹² “Frente a los repertorios de la protesta más radical, que confluyen en formas de resistencia parcial con un fuerte impacto en la normalidad de la vida social y en su funcionamiento habitual, los grandes medios, no importa si afines a la mayoría, al gobierno o a la oposición, con la obvia excepción de aquellos órganos de información minoritarios, que son expresión directa del movimiento que resiste, tienden a inclinarse a favor de la «legalidad», y eso significa, con matices diversos, defender el poder constituido, sin que las razones, buenas o malas, que motivaron esta o aquella forma de resistencia, importen gran cosa”. VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trads. Pedro Salazar Ugarte/ Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012, pp. 81 y 82.

⁸¹³ “Frente a este modelo de organización social, cada vez más asimilado por la masa de los individuos-consumidores, todas las formas de protesta, sean cuales fueren las razones que sirvan para mermar la eficiencia de una prestación, son fuente de indignación que lleva a una estigmatización difusa. Como es fácil observar desde hace algún tiempo, si una categoría de trabajadores organiza una huelga, la mayor parte de los trabajadores de otras categorías, que en ese momento se consideran «clientes» que tienen derecho a una prestación, se lamenta abiertamente y considera injustificada o excesiva cualquier huelga”. VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, 2012, p. 83.

cambios ocurridos no se circunscriben sólo al ámbito de la delincuencia terrorista; sin embargo, como se irá poniendo de manifiesto a lo largo de este capítulo, en la evolución del tratamiento penal del terrorismo es donde con mayor claridad pueden verse, en nuestra opinión, las tendencias político-criminales predominantes en los últimos tiempos en lo relativo a los fines de la pena. Posiblemente por tratarse de una materia respecto de la cual la opinión pública puede ser fácilmente manipulada⁸¹⁴.

En general, España es uno más de los países occidentales cuyo ordenamiento jurídico cambió de paradigmas en las últimas décadas, desde la orientación a la reinserción⁸¹⁵, hacia un nuevo modelo político-criminal más severo e intolerante⁸¹⁶. En nuestra opinión, esa metamorfosis surge de una combinación de factores socio-económicos y políticos característicos de los tiempos actuales, que como vimos en apartados anteriores están relacionados con la crisis del Estado de Bienestar Social⁸¹⁷, las transformaciones resultantes del desarrollo tecnológico y del aumento de las libertades individuales, los riesgos asumidos y distribuidos por la sociedad posmoderna y su mudanza de pensamiento en cuanto al control de los mismos, el ambiente insoportable de inestabilidad y de eterna mutación, flexibilización y liquidez que circula dentro de la realidad social contemporánea, el consenso colectivo en cuanto a que el sistema penal es incapaz de contener e

⁸¹⁴ Como pone de manifiesto LLOBET ANGLÍ: “Considero que respecto al terrorismo existe una especial sensación de repulsa social por razón de los bienes jurídicos afectados, los medios utilizados, la reiteración con que se cometen los actos terroristas y el estado de coacción al que somete a la sociedad, lo que produce, más que un sentimiento de miedo, uno de *venganza*: existe una *alarma social proveniente de la indignación* cada vez que un terrorista es excarcelado. Y, este sentimiento de venganza e indignación es manipulado tanto por los políticos en sus declaraciones como por los medios de comunicación”. LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret*, nº. 1, 2007, pp. 24 y 25 (la cursiva pertenece al original).

⁸¹⁵ Porque, aunque dicha orientación siga presente en la Constitución, la legislación penal ya parece tenerla efectivamente abandonada.

⁸¹⁶ Aunque el siglo XXI evidencie la tendencia hacia el hiper punitivismo, la dirección en ese sentido ha sido progresiva y se hizo notar desde mucho antes, en movimientos legislativos más discretos y mejor justificados.

⁸¹⁷ Como señalan GARCÍA ARÁN y PERES NETO, “[...] en estos momentos, las teorizaciones neoliberales que defienden la retirada del Estado social, adoptan entusiásticamente el concepto de responsabilidad individual, desprovista de su contexto social. Desde este punto de vista, la delincuencia no tiene otra causa que la desviación personal y por tanto no cabe frente a ella más que el castigo”. GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, p. 285.

impedir lesiones cada vez más graves a los bienes jurídicos⁸¹⁸, la pérdida de interés por parte de la sociedad en disciplinar a aquéllos cuyos comportamientos se diferencian de la media por la práctica de acciones criminales, inconvenientes o indeseables, la hipersensibilización social respecto a la condición de la víctima, principalmente en los casos de gran repercusión mediática, el desarrollo de los medios de comunicación tradicionales y no-tradicionales, con los que resulta actualmente mucho más fácil compartir información y propagar noticias muchas veces sobredimensionadas, o el crecimiento del interés popular respecto de la criminalidad, que estimula a los medios de comunicación a divulgar noticias sobre el tema, creando picos de alarma social. Factores todos ellos que, entre otros, perturban y asustan a la sociedad contemporánea.

Pero esta coyuntura socio-política se vio agravada en gran manera en 2001 por las amenazas representadas por el terrorismo islámico de cuño transnacional, responsable de los ataques del 11-S, que se percibieron socialmente como el símbolo de una afrenta no sólo a la soberanía de Estados Unidos y a su poderío militar, sino también al modelo económico adoptado por occidente y principalmente por el país que más fomenta la cultura capitalista⁸¹⁹.

Por ello, la doctrina suele reconocer que estos atentados marcaron un nuevo acercamiento entre la ideología bélica y el Derecho penal, tanto en lo relativo a la respuesta frente a los atentados, como en relación a los propios hechos, difundidos por los medios de comunicación e interpretados por la clase política como una declaración de guerra por parte de las bandas terroristas islámicas⁸²⁰. El impacto provocado por las impresionantes imágenes transmitidas mundialmente y

⁸¹⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, 2004, p. 22.

⁸¹⁹ "Las macabras y espectaculares imágenes del impacto y del colapso de las torres gemelas - captadas y amplificadas por los medios de comunicación del mundo entero - han provocado en todos la idea de unos Estados Unidos golpeados en el corazón por un ataque sin precedentes, dirigido simultáneamente contra los símbolos de su poder económico, militar y político (el propio World Trade Center, el Pentágono y el Congreso); un ataque tanto más alarmante en cuanto lanzado por un enemigo fugaz, «invisible»". VIGANÒ, Francesco, "La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana", en *PolCrim*, nº. 3, 2007, p. 2.

⁸²⁰ "Los atentados fueron para el público y para la opinión política, y así lo confirman cientos de veces los medios de comunicación, «crimen y guerra»: «Ataque a América» y «atentado terrorista», «guerra contra Estados Unidos» y «monstruosa matanza»; en resumen: «guerra mundial del terror»". PRITTWITZ, Cornelius, "¿Guerra en los tiempos de paz?: fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra", en *RP*, nº. 14, 2004, p. 176.

por la osadía que suponía agredir a la nación política y económicamente más poderosa, junto con la conciencia colectiva de que la amenaza ya no se encontraba circunscrita al suelo americano, provocaron que se entendiera (y se aplaudiera) el que la respuesta frente a los autores se concretara por medio de los mismos parámetros de violencia que los del acto que le dio origen⁸²¹.

El agresivo contraataque que se puso en marcha contra los responsables (y los sospechosos) no sólo dio paso a lo que se denominó “guerra contra el terrorismo” (ampliamente condenada por la doctrina⁸²² y que dio lugar a abusos de

⁸²¹ Respecto a la relación establecida entre Derecho y guerra, consecuencia de los ataques del 11-S, es importante observar, como sostiene CASTRESANA FERNÁNDEZ, que el tratamiento dispensado a los capturados no respetó las orientaciones del Convenio de Ginebra de liberación y repatriación de los prisioneros pasado el conflicto (o las hostilidades, conforme al art. 118). Como manifiesta el autor: “El atentado terrorista de 11 de septiembre fue inmediatamente calificado como un acto de guerra; en consecuencia, las medidas de respuesta adoptadas fueron las de un conflicto armado; sin embargo, a la hora de resolver sobre el destino de los prisioneros, estos no han sido considerados prisioneros de guerra, sino terroristas”. CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, “«Guerra al terror» y al derecho”, en *JD*, nº. 43, 2002, p. 6. Y continúa el autor: “¿Cuándo considerarán los aliados que las hostilidades han terminado?”. CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, en *JD*, 2002, p. 9. En el mismo sentido, dice FLETCHER: “En el curso de los combates habidos en el curso de esta guerra entre finales de 2001 y 2002, los Estados Unidos capturaron a varios cientos de hombres y los transportaron a la Base Militar norteamericana de Guantánamo, Cuba. Los Estados Unidos se negaron a considerar estos prisioneros como presos de guerra conforme a la Convención de Ginebra, y el Gobierno norteamericano justificó esta decisión con el argumento de que estos hombres eran «combatientes enemigos» capturados en el curso de las hostilidades armadas”. FLETCHER, George, “¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo”, trad. Antonio Muñoz Aunión, en *RP*, nº. 16, 2005, p. 62.

⁸²² Como sostiene FERRAJOLI, la guerra parece ser una respuesta no sólo inadecuada, sino perjudicial para un enfrentamiento adecuado del terrorismo: “No se ha comprendido que la guerra es, precisamente, el fin de todo terrorismo, justo porque éste se propone a sí mismo, simétricamente, como guerra y así quiere ser reconocido en el plano simbólico. Y que, por ello, la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica sea”. FERRAJOLI, Luigi, “Las razones del pacifismo”, trad. Nicolás Guzmán, en *JD*, nº. 42, 2001, p. 6. En la misma línea, manifiesta WELCH: “La guerra contra el terror representa una empresa gubernamental masiva con muchos errores y contradicciones, que producen unas medidas que fallan en proteger a la seguridad pública nacional. El elemento principal entre estos desarrollos es un patrón de expiación en el cual ciertos grupos étnicos y religiosos son culpados de manera directa o indirecta por los sucesos del 11 de septiembre”. WELCH, Michael, “Los delitos de Estado en la guerra estadounidense contra el terror: una mirada a la cultura de la impunidad”, en *CC*, V. 33, nº. 4, 2005, p. 422. En contra de la respuesta bélica puesta en marcha por EE.UU., se manifiesta LÓPEZ CALERA: “Tras invasiones y bombardeos sin sentido la amenaza terrorista sigue sin desaparecer, mientras que miles de inocentes ya han caído víctimas de esa violencia antiterrorista. Esa guerra contra el terror de EE.UU. y sus aliados ha sido en el fondo una venganza desenfocada, inútil, o el consuelo injustificable que un gobierno desconcertado e impotente quería dar a una sociedad asustada y aterrada (la americana) que demandaba irracionalmente algún tipo de acción contraterrorista espectacular”. LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “El concepto de terrorismo: ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?”, en *AFD*, nº. 19, 2002, p. 66.

poder por parte de EE.UU.⁸²³), sino que también dio inicio a una nueva política internacional basada en la alarma constante de nuevas victimizaciones. Estas acciones militares en respuesta al 11-S, sostenidas con el argumento de la amenaza que determinados países representaban, terminaron además lesionando a una parte importante de la población civil, lo que se entendió como “daños colaterales”⁸²⁴.

Esta nueva insensibilidad con determinados pueblos y nacionalidades, que empezó a enraizarse en occidente como consecuencia de la identificación de nuevos enemigos, y la presencia de la sensación de riesgo constante, contribuyeron a que progresivamente se legitimara la gestión y organización de la sociedad dentro de nuevos valores y límites. Entre ellos, la reconfiguración de la relación entre el hombre y el Estado y de los valores que solían orientar los más diversos derechos del ciudadano, que ahora, por pasar a ser percibido como potencial autor, es objeto de vigilancia y control constantes.

Toda la energía mediática y política depositada en la divulgación de los ataques, y en las respuestas jurídicas y militares a éstos, terminó por legitimar un movimiento dirigido a la represión de nuevos hechos terroristas y la desarticulación de los grupos mediante la introducción de severos métodos de defensa interna que, en base al uso del ya mencionado argumento de la seguridad, no parecen haber encontrado mucha resistencia por parte de los ciudadanos. Más bien al contrario, pues la realidad que se les presentaba les pareció tan temible, que antes de verla

⁸²³ “El Pentágono insiste permanentemente en que el abuso de prisioneros no es sistemático ni extensivo, sino que se limita a un fin de semana escandaloso en Abu Ghraib. Sin embargo, la evidencia creciente demuestra una realidad muy diferente. Los informes de la guerra en Afganistán indican que son más bien el resultado de una política formal -e informal- contra el terror”. WELCH, Michael, en CC, 2005, p. 409.

⁸²⁴ La doctrina, en general, cuestiona la legalidad de la invasión de Irak, que, por lo que parece, no tenía relación ni con los ataques, ni con sus responsables. Al respecto, se manifiesta WELCH: “Estos eventos y acontecimientos fueron fuertemente ponderados en la evaluación sobre la legalidad de la guerra en Irak, y con esto, llevaron a una mayor precisión en el descubrimiento de los delitos de Estado que contribuyeron a destruir a una gran cantidad de personas y propiedades”. WELCH, Michael, en CC, 2005, p. 398. Por ello, también manifiesta CARMONA RUANO: “Pero si en el plano internacional la respuesta a los ataques terroristas de 11 de septiembre ha producido, como *daños colaterales* no sólo una guerra con un número de víctimas igualmente inocentes superior al de los propios ataques terroristas, sino también un daño al propio derecho internacional y al sistema de Naciones Unidas, los efectos no son menos alarmantes si pasamos al ámbito interno de los países que nos son más próximos cultural, política y económicamente, empezando por los propios EE.UU. y por la Unión europea”. CARMONA RUANO, Miguel, “El impacto jurídico del 11 de septiembre”, en JD, nº. 45, 2002, p. 82.

concretarse, consideraban más conveniente aceptar ceder (como si fuera una opción) algunas de las garantías democráticas⁸²⁵.

Las legislaciones que siguieron al 11-S abrieron de esta forma camino a la derogación de derechos y garantías fundamentales, no sólo en EE.UU. e Inglaterra, sino también en la mayoría de los países occidentales que con ellos cooperan. El primer paso en ese sentido fue la *USA Patriot act*, aprobada en EE.UU. tras los atentados, por medio de la cual se pasó a aceptar la interceptación de contactos telefónicos y electrónicos, además de autorizar amplios márgenes de vigilancia, cambios en las políticas de inmigración, de investigación y de protección de víctimas, refuerzo del poder de las agencias estatales de seguridad, etc.⁸²⁶. Una parte importante de esos nuevos espacios de intervención se concretan hoy además con mucha más eficacia por medio de las nuevas tecnologías, de los métodos de *data mining* y de la gestión de información vía *Big Data*, como ya hemos mencionado *supra*, lo que hace extremadamente compleja y preocupante la posesión legal, por parte del Estado, de tanta información respecto de los individuos.

⁸²⁵ “[...] ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005, la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados por el terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*”. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en Cancio Meliá, Manuel/ Pozuelo Pérez, Laura (Coords.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Madrid, Civitas, 2008, p. 312. El mismo autor también se manifiesta al respecto en CANCIO MELIÁ, Manuel, “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), Puente Aba, Luz María/ Souto García, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 163.

⁸²⁶ “El texto de esta ley, aprobada en muy pocos días, representa una amplísima regulación, en diez títulos de ámbitos tan distintos como seguridad interior, autorización para interceptar comunicaciones orales y electrónicas y otros medios de vigilancia electrónica, medidas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, protección de fronteras (con medidas también aplicables a la inmigración), medios de investigación del terrorismo, protección de las víctimas, reforma de las leyes sustantivas respecto del terrorismo, refuerzo de los poderes de la CIA y otros tan diversos como la asignación de fondos a la DEA para actuaciones a Asia Central y Oriental o en sistema de identificación por huellas dactilares o la vigilancia de comunicaciones electrónicas”. CARMONA RUANO, Miguel, en *JD*, 2002, p. 83. En este sentido, véase también CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, en *JD*, 2002, p. 6. Respecto a la *Patriot act*, sostiene PORTILLA CONTRERAS: “La ley consagra un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar las garantías penales y procesales”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1421.

Sea o no una estrategia legitimadora de una respuesta de emergencia, se hayan o no aprovechado los gobiernos de las circunstancias para poner en práctica nuevas políticas⁸²⁷, lo que importa es que el uso de la retórica militar para hacer referencia a los mencionados hechos naturalmente deslegitimaría el recurso al discurso garantista presente en el sistema penal moderno, pues las reglas impuestas por el Estado de Derecho se contrapondrían a los medios característicos del pensamiento militarizado⁸²⁸.

Como sostiene PORTILLA CONTRERAS, ahora “el poder administra la libertad, excluyéndola, al igual que en aquellos tiempos en los que el poder politizaba la vida, suprimiéndola”⁸²⁹. Las circunstancias políticas derivadas de la amenaza terrorista han justificado la excepción y luego han expandido ésta hasta convertirla en la regla a la que debe someterse la generalidad.

Evidentemente, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, una guerra se sostiene por lo general en el marco de unas normas que limitan las intervenciones de los Estados mientras se despliegan las hostilidades por ambos lados, lo que hace que el conflicto no tenga lugar en un “vacío legal”, donde todo estaría permitido⁸³⁰.

⁸²⁷ A ese respecto, observa CARMONA RUANO: “Es lícito preguntarse, en este sentido, hasta qué punto no se ha aprovechado, consciente o inconscientemente, lo sucedido para la consecución de políticas también precedentes, relativas por ejemplo a la inmigración o a la «seguridad ciudadana»”. CARMONA RUANO, Miguel, en *JD*, 2002, p. 81. En la misma línea, dice PORTILLA CONTRERAS: “Indudablemente, el atentado ha servido de pretexto para aumentar la represión contra las fuerzas de resistencia de la izquierda en el mundo en nombre de la lucha contra el terrorismo. Una prueba de ello es la proliferación de una extensa normativa de distinta índole y alcance que cercena las libertades cívicas, y que, bajo aquel pretexto, pretende combatir con toda seguridad a los movimientos progresistas y de liberación”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1402. Este autor también se manifiesta al respecto en otra ocasión: “El atentado es, pues, la excusa perfecta para evitar la pérdida de velocidad del proyecto neoliberal y de la hegemonía norteamericana”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras tanto*, nº. 83, 2002, p. 83.

⁸²⁸ “Ya que un Estado que se somete a la autoridad del Derecho no satisface bajo ningún concepto las exigencias del Estado de Derecho, cuando haciendo un uso indebido del principio de proporcionalidad, diferencia entre guerra y persecución penal y, sin embargo, reacciona «con la fuerza» ante acontecimientos semejantes; y, por principio, para la comunidad de Estados que se siente comprometida con los principios del Estado de Derecho tampoco puede valer otra cosa”. PRITTWITZ, Cornelius, en *RP*, 2004, p. 178.

⁸²⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1402.

⁸³⁰ “La guerra no es un vacío legal, existe un conjunto de leyes que declara prohibidos ciertos comportamientos con el fin de limitar los efectos perjudiciales de los conflictos armados, tanto sobre quienes participaron en él como sobre quienes no lo hicieron”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “El derecho en la guerra contra el terrorismo: el derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)”, en *RP*, nº. 29, 2012, p. 116.

En consecuencia, si se consideran los hechos terroristas como delitos, las reglas del Estado de Derecho deben orientar los límites de la respuesta estatal⁸³¹. Y si, por el contrario, se los considera como actos de guerra, entonces son las reglas internacionales las que deben determinar los procedimientos para que las diferencias entre los agentes en conflicto puedan ser conciliadas dentro de los parámetros considerados justos⁸³².

Lo que no parece mínimamente razonable, es que el desarrollo de las consecuencias jurídicas frente a los atentados no encaje ni en un modelo, ni en otro, sino que forme una estructura híbrida en la cual el Estado mueve esfuerzos bélicos en contra del enemigo, emulando un ambiente donde las reglas democráticas siguen existiendo, aunque no para los hostiles⁸³³. Parece por ello imposible entender este fenómeno sin valorar las intenciones de mantenimiento del poder presentes en esas nuevas orientaciones, impuestas para favorecer dichas intenciones. Como explica

⁸³¹ En ese sentido, FERRAJOLI sostiene la necesidad de responder al terrorismo por medio de la legislación común, lo que contraría la idea de un Estado beligerante en guerra contra un Estado legitimado: "Puesto que es, asimismo, cierto que el terrorismo es siempre un fenómeno político, también debe ser entendido y afrontado políticamente. Pero es justamente en la asimetría respecto de él, establecida convencionalmente mediante su calificación jurídica como «crimen» -violencia privada y no publica, como en cambio es la guerra- donde reside el secreto de su debilitamiento y su aislamiento y, por lo tanto, del papel del derecho como factor de paz y de civilización". FERRAJOLI, Luigi, en *JD*, 2001, p. 6.

⁸³² "Para combatir eficazmente el terrorismo internacional es necesario volver al derecho. Conviene reafirmar que el homicidio o el asesinato son delitos contra la vida si los comete un particular y también si el autor es un funcionario; que si son ejecutados por grupos organizados y armados que actúan clandestinamente con intencionalidad política constituyen delitos de terrorismo, de estado o contra el estado; que si forman parte de un plan generalizado y sistemático dirigido contra la población civil para mantener una cierta hegemonía política, son crímenes contra la humanidad; que, en el marco de un conflicto armado, y ejecutado como parte de un plan o política, o de manera sistemática, conductas tales como matar intencionadamente prisioneros heridos, enfermos o civiles, o privar a cualquier persona de su derecho a un juicio justo e imparcial, constituyen crímenes de guerra, aunque la orden proceda del gobierno más democrático del mundo". CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, en *JD*, 2002, p. 9.

⁸³³ "Una manera de entender estas políticas hacia el terrorismo consiste en partir de la consideración de que estamos persiguiendo delitos, y al mismo tiempo que estamos envueltos en una guerra. Y en caso de guerra, se pueden utilizar todos los medios necesarios para derrotar a los combatientes del otro lado". MUÑOZ CONDE, Francisco, en *RP*, 2012, p. 124. Así también PÉREZ CEPEDA: "Así, el destinatario de la «guerra» ya no es otro Estado, sino una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible [...]. Al mismo tiempo, se alega que el destinatario del control no presenta ya meras conductas socialmente desviadas, sino que comete auténticos actos de guerra. Ello, ha supuesto la difusión de las dinámicas del control y disciplina social de la dicotomía amigo-enemigo, con unos efectos particularmente perversos, ya que el nuevo enemigo aparece construido con unos rasgos que refuerza (sic) su entidad: terroristas, como paradigma de nuevo enemigo". PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal", en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), Puente Aba, Luz María/ Souto García, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 103 y 104.

PORTILLA CONTRERAS, en la nueva razón de Estado y en los movimientos de auto protección, hoy puestos en marcha, cabe identificar el resurgimiento simbólico del modelo despótico, en el que la voluntad del soberano, ahora el jefe del ejecutivo, es suficiente para establecer un modelo de excepción jurídica en contra de quienes se le enfrentan⁸³⁴.

De ello se deduce que el poder mantiene con el terrorismo una relación parasitaria, pues los actos terroristas y la amenaza que representan permiten al poder concretar unas mecánicas de gestión poblacional que le favorecen y superar al mismo tiempo los límites establecidos en el control de la intervención estatal. Desde luego, si el propósito del terrorismo es la destrucción del orden democrático, de los parámetros y valores de una sociedad o del *status quo*, consiguen al menos en parte su objetivo en la medida en que, cuando se concreta el ataque terrorista, los gobiernos hacen uso de éste para reforzar sus estructuras interventoras, para ampliar su radio de actuación y para imponer la razón de Estado en la gestión de la crisis⁸³⁵. Por ello se entiende que la derogación de los principios constitucionales no se realiza por el movimiento hostil, sino como consecuencia de las respuestas estatales al mismo⁸³⁶. De este modo, el poder y el enemigo, personajes teóricamente antagónicos, pueden entenderse como fuerzas complementarias, de modo que la

⁸³⁴ “Pues bien, estamos asistiendo a la restauración (simbólica) del modelo despótico y al reingreso de la concepción del soberano como poder absoluto y autocrático. Entre aquel Leviatán oriental y el nuevo apenas hay diferencias; si antes el déspota era el propietario universal, ahora es un expropiador que decide la atribución de la propiedad privada y los medios de producción; la esclavitud y la servidumbre subsisten reencarnados en el sentido antes indicado mediante los sujetos de la inmigración o los ciudadanos dominados”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “El regreso del concepto «seguridad del Estado» como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobiernos europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE. UU.”, en *ACFS*, nº. 43, 2009, p. 101.

⁸³⁵ “El fuerte impacto del ataque directo al núcleo de la convivencia democrática que supone el terrorismo ha hecho que su represión haya estado siempre presidida por la tentación del recurso a la «razón de estado» y al «estado de necesidad por encima de la ley», legitimador de cualquier tipo de actuación estatal”. CARMONA RUANO, Miguel, en *JD*, 2002, p. 82.

⁸³⁶ “Por otro lado, la explicación de que el «no ciudadano», el peligroso, puede «destruir el ordenamiento jurídico» parece a todas luces una hipérbole en las sociedades democráticas asentadas. Ni siquiera al terrorismo de Al Qaeda puede asignársele capacidad de destruir los ordenamientos jurídicos de los países donde realiza sus terribles ataques. Salvo que se entienda que la reacción desmedida de los gobernantes, al responder a la provocación con la misma moneda – despreciando los límites del Derecho interno o internacional-, constituye (evidentemente) una grave erosión del ordenamiento jurídico atribuible a los terroristas. Sería una curiosa forma de eludir las propias responsabilidades de los gobernantes”. ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas», y conductas periféricas”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 1, 2006, pp. 246 y 247.

ausencia de éste último (sea porque se le ha “vencido”, sea porque ha desistido del enfrentamiento), naturalmente lleva al poder a la necesidad de su sustitución por una nueva entidad a temer y de la que defenderse.

Desde este punto de vista, parece incontestable que el terrorista ha ocupado el vacío dejado por el comunista a finales de los años ochenta del siglo XX y se ha convertido en la figura enemiga del siglo XXI, por lo menos hasta el presente momento y el surgimiento de un nuevo ser amenazante⁸³⁷. Las ya mencionadas razones (fundadas en los hechos espectaculares a los que hemos asistido desde 2001, que han convertido al musulmán en una figura temible), combinadas con las circunstancias a las que también nos hemos referido anteriormente respecto a las transformaciones sociales y económicas de fines del siglo XX, parecen haber influenciado intensamente el comportamiento del ciudadano de nuestro tiempo ante el delito en general y ante el de terrorismo en particular. Y es precisamente esa nueva forma de percibir dichos hechos criminales lo que ha conducido a nuevas valoraciones respecto a las necesidades de gestión pública de esos problemas⁸³⁸.

De una forma o de otra, los delitos terroristas llevan al ciudadano a pedir seguridad o, mejor dicho, el ciudadano es convencido para pedirla⁸³⁹, lo que termina

⁸³⁷ “Tras la revolución del Este de 1989, el mundo capitalista se había quedado sin «enemigo». Pero su estructura ideológica y militar necesita del miedo a un enemigo exterior para imponer cierta disciplina social y justificar muchas decisiones políticas y económicas. La resistencia de la población musulmana a asimilar la influencia occidental hace que el Islam resulte el candidato ideal para este papel de «enemigo». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 2, 2006, p. 699.

⁸³⁸ Por ello, como afirma CANCIO MELIÁ: “[...] también es claro que en muchas ocasiones no hay más modificación en la estructura social que atender que un cambio de orientación en la actitud político-criminal básica: casos en los que no cambia la realidad del delito como acto socialmente lesivo, sino la valoración social del acto, y ello como consecuencia de una reordenación valorativa general del fenómeno delictivo”. CANCIO MELIÁ, Manuel, “«Derecho penal» del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en Cancio Meliá, Manuel/ Feijoo Sánchez, Bernardo (Edits.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 2008, p. 67.

⁸³⁹ “Es el discurso del miedo el destinado a producir obediencia, o en otros casos, a establecer una cortina de humo ante errores o desaciertos de los poderes públicos en otros ámbitos de su gestión, cuando ni la libertad ni la seguridad, como la paz auténtica, son posibles desde el miedo. El miedo, alejado de su utilidad primaria, no genera sino ansia de seguridad”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, en *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, 2007, pp. 107 y 108.

influyendo a su vez muchas de las más recientes respuestas legislativas a dichos supuestos⁸⁴⁰.

En consecuencia, podemos decir que las relaciones simbióticas entre el terrorismo y el Estado y entre éste y los medios de comunicación generan múltiples relaciones de poder que se suman y se repelen en cada momento. Los hechos violentos generan víctimas concretas y noticias; éstas generan víctimas potenciales y miedo; y éste genera olas de clamor público por seguridad, por más Estado, por menos libertad.

B. TERRORISMO NACIONALISTA Y TERRORISMO YIHADISTA EN ESPAÑA

En respuesta a los atentados del 11-S, la campaña promovida por Estados Unidos se tradujo en intervenciones militares, inicialmente en Afganistán y posteriormente en Oriente Medio, más concretamente en Iraq, con la colaboración de diversos países, entre los cuales estaba España, lo que generó un fuerte reproche por parte de los ciudadanos en un período preelectoral⁸⁴¹.

Ante tantas críticas, muchas de ellas sostenidas por el partido entonces en la oposición (PSOE) con vistas a las elecciones que tendrían lugar en 2004, el gobierno del Partido Popular (PP) decidió extender ostensiblemente la bandera de la lucha contra el terrorismo etarra, lo que condujo a una serie de modificaciones del Código penal, entre ellas la operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas⁸⁴². Ello no le sirvió, sin embargo, para obtener la victoria electoral.

⁸⁴⁰ “[...] cualquier análisis superficial de la comunicación realmente existente acerca de los fenómenos criminales muestra que ésta se centra [...] progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación y en el discurso político-criminal activista se adopta la posición –compartida por casi toda la población –de posible víctima, de víctima potencial”. CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008, p. 68.

⁸⁴¹ “La guerra de Irak, iniciada por Estados Unidos con el bombardeo de Bagdad el 20 de marzo de 2003, supone un segundo revés para el Gobierno por la fuerte oposición de la sociedad española a la participación en la misma. De nuevo el recurso parece ser el desvío de la atención, retomando de la agenda política el problema de la inseguridad ciudadana”. SOTO NAVARRO, Susana, en *RECPC*, 2005, pp. 18 y 19.

⁸⁴² SOTO NAVARRO, Susana, en *RECPC*, 2005, pp. 16 y 17; LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, pp. 22 y 23. Respecto del carácter electoral de las reformas de 2003, pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES: “Lo único que se aprecia con claridad es una política propagandística y de explotación y

Pasadas las elecciones de 2004 –precedidas por el 11-M, el más grave ataque terrorista cometido en suelo español, que no pudo ser evitado no obstante la nueva legislación–, el hasta entonces partido de la oposición, que asume el poder (PSOE), no abandonó el discurso en favor del punitivismo. Más bien lo contrario. Los cambios legislativos respecto del terrorismo continuaron en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y culminaron con la LO 1/2015 y la LO 2/2015, ambas de 30 de marzo, con modificaciones aún más amplias y severas, promovidas éstas últimas de nuevo por el Partido Popular⁸⁴³.

Este cambio de orientación legislativa hacia una línea más punitivista parece estar relacionada con las nuevas figuras amenazantes identificadas por la sociedad posmoderna. Porque si, por un lado, la desaparición de los movimientos terroristas locales –que ya no transmitían mensajes de amenaza latente, sino que, por el contrario, en su mayoría habían anunciado su desintegración– parecía mostrar la superación de un problema, por otro lado los nuevos tiempos y las nuevas insatisfacciones trajeron consigo nuevos conflictos y nuevos grupos amenazadores que, ahora asumiendo dimensiones supranacionales y con las facilidades ofrecidas por la tecnología, se muestran aún más duros, persistentes, peligrosos e imposibles de contener⁸⁴⁴.

aprovechamiento populista de las leyes penales”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, 2004, p. 93. Además, como señala CUNCHILLOS: “Con el nuevo año y la campaña electoral en el horizonte, el ejecutivo es consciente de que la lucha contra ETA le favorece, aunque tanta reforma legislativa puede producir el efecto contrario al buscado”. CUNCHILLOS, Maite, “El endurecimiento de las penas por terrorismo”, en *AJA*, nº. 561, 2003, p. 15.

⁸⁴³ El punitivismo se ha desarrollado en los últimos tiempos, pues, con independencia del partido en el poder. De hecho, como señalaba en 2005 REBOLLO VARGAS, aunque las modificaciones implementadas en 2003 ocurrieran durante el mandato del Partido Popular, otros partidos, incluyendo el entonces principal partido de la oposición, apoyaron dicha reforma: “Desaguisados que, en primera instancia, podrían reprocharse al Gobierno anterior, pero que una buena parte de ellos – cuando no la mayoría– contó con el beneplácito del entonces Partido mayoritario en la oposición, hoy en el Gobierno; y cuya trayectoria legislativa en materia penal no parece apartarse demasiado del anterior”. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Rasgos actuales de la política criminal”, en *RDPP*, nº. 14, 2005, pp. 105 y 106. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes, en *RCSP*, 2008, p. 44.

⁸⁴⁴ “La preocupación por la seguridad no se limita a la seguridad de la propia persona y de los propios bienes, sino que se extiende a ámbitos supraindividuales o colectivos supranacionales, en la medida en que se ha entronizado un nuevo peligro mundial: el peligro de las redes terroristas transnacionales”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”, en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, p. 54.

Efectivamente, el terrorismo yihadista presenta en su esencia elementos completamente nuevos, frente a los hechos promovidos por otro tipo de grupos organizados con los cuales los países desarrollados estaban, de cierta forma, familiarizados. Así, los grupos terroristas que surgen aproximadamente en los años setenta del siglo XX en muchos Estados europeos se caracterizaban por el hecho de que tanto las cuestiones socio-políticas que sostenían sus causas, como la identidad de los autores, de las víctimas y de los blancos eran regionales. Se trataba de grupos que estaban comprometidos con la búsqueda (por medios violentos) de transformaciones significativas dentro de un determinado territorio o región que, en general, no afectaban a otros países, ni demostraban ningún interés por lesionar a sujetos de otras nacionalidades distintas de la suya. Grupos para los que resultaba muy evidente quién eran sus opresores y quiénes los que eran objeto de la opresión, así que sus demandas eran a menudo relativamente comprensibles y susceptibles de negociación política, a pesar del rechazo generalizado a los medios utilizados para llegar a tal objetivo⁸⁴⁵.

Por el contrario, los movimientos que surgen a partir de los años noventa del pasado siglo muestran características completamente distintas, quizás incluso antagónicas en muchos sentidos, si se les compara con sus antecesores.

En primer lugar, las demandas de los nuevos movimientos se han convertido en objetivos imposibles, alejados completamente de cualquier posibilidad de acuerdo, pues desde nuestro punto de vista actualmente la transformación del orden internacional, en especial del modelo económico implantado en los países de occidente, no parece ser un objetivo mínimamente logable. Frente a esa coyuntura, ya no se puede hablar de regionalismo, ni siquiera de actores y víctimas de la misma nacionalidad⁸⁴⁶. La amenaza ahora alcanza a toda

⁸⁴⁵ “Una característica común a este tipo de organizaciones terroristas tradicionales es que las acciones las llevaban a cabo casi exclusivamente dentro del territorio del Estado donde las mismas se encontraban asentadas. Además, los actos terroristas de estas organizaciones de corte «clásico» tenían un marcado carácter selectivo, dirigiéndose fundamentalmente contra determinados individuos o instituciones representantes del poder opresor que trataban de combatir”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo”, en *REIC*, nº. 7, 2009, pp. 2 y 3.

⁸⁴⁶ “[...] el terrorismo transnacional actúa de manera descentralizada desde diversas localizaciones, dirigiendo a su vez sus acciones terroristas contra objetivos heterogéneos situados en varios países. En este sentido, los miembros de las distintas organizaciones adscritas al terrorismo transnacional proceden de países distintos, careciendo de una concreta base nacional de carácter operativo o de

la comunidad internacional y ya no establece ninguna diferenciación respecto a quiénes podrán ser las víctimas de las próximas ofensivas. Los grupos ya no se localizan dentro de territorios específicos, sino que se han diseminado por todas partes, en especial en los lugares donde haya comunidades de origen musulmán⁸⁴⁷, lo que, en consecuencia, ha generado un enorme prejuicio contra cualquier sujeto que ostente características de esa cultura.

En segundo lugar, los movimientos terroristas regionales parecían estar estructurados dentro de un modelo jerárquico verticalizado, al estilo de la configuración del crimen organizado. Los sujetos que formaban parte del grupo parecían estar vinculados directamente a la organización y ostentaban determinadas características socio-culturales que permitían su rastreo, por lo que se suele entender que eran individuos identificables⁸⁴⁸. Estos grupos terroristas se asentaban dentro de una organización jerárquica estable, que determinaba los papeles de sus miembros y los distribuía, de forma que los principales responsables, los que ordenaban los hechos, no eran los que realizaban de propia mano los delitos⁸⁴⁹. Sin embargo, a pesar de que quienes tenían el poder de decidir la realización de la conducta criminal se encontraban alejados de su ejecución, la mayoría de la doctrina se inclinaba por entender que no debían ser considerados menos responsables que los ejecutores, ya que, en estos supuestos, el dominio organizativo se encontraba en sus manos. Al respecto, aunque la forma de fundamentar esta responsabilidad no era unánime, destacaba la aplicación en este ámbito de la teoría de ROXIN sobre la

una agenda política exclusivamente interna. [...] su objetivo es fundamentalmente la transformación del orden internacional, declarando para ello al mundo occidental como enemigo a combatir". CANO PAÑOS, Miguel Ángel, "Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa", en *REIC*, nº. 11-07, 2009, p. 4.

⁸⁴⁷ "Efectivamente, si bien la mayoría de los terroristas adscritos al islamismo radical procede de países musulmanes, el «nuevo» terrorismo cuenta también en sus filas con seguidores procedentes de países asiáticos, así como con individuos nacidos en Occidente pero convertidos al Islam. [...] Es evidente que la red global de Al-Qaeda se encuentra abierta a todos aquellos sujetos que han asumido la ideología radical islamista en cualquier parte del mundo, estando dispuestos a llevar a cabo la guerra santa contra los que ellos consideran «infieles»". CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 8.

⁸⁴⁸ "Los atentados terroristas cometidos en las décadas de 1970-1980 podían atribuirse a un determinado grupo de sujetos, los cuales en la mayoría de los casos no sólo tenían un rostro, sino también nombre y apellidos. En definitiva, el «viejo» terrorismo era susceptible de ser *individualizado*". CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 7 (la cursiva pertenece al original).

⁸⁴⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Lustel, 2010, p. 32.

autoría mediata como dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder⁸⁵⁰. En otras palabras, la cúpula se convertiría en el centro de la imputación porque, si es estable y concreta, sus decisiones seguirían ejecutándose aunque los miembros de abajo, considerados fungibles, fueran sustituidos en el transcurso del tiempo⁸⁵¹.

Por el contrario, a partir del momento en que empiezan a surgir los movimientos de matriz islámica, se pasa de esa organización piramidal a un formato más horizontal⁸⁵². Y ello permitirá no sólo la mejor distribución interna del poder, sino también la intervención de individuos independientes, alejados de cualquier vínculo formal con el movimiento, simplemente motivados por las banderas exhibidas a través de los actos terroristas cometidos por otros y de las frecuentes

⁸⁵⁰ Acerca de la teoría del dominio del hecho, elaborada por ROXIN, dice GÓMEZ MARTÍN: “Normalmente, cuanto más alejado se halla el interviniente en el hecho de la víctima y de la realización directa de la acción típica, más relegado queda a la zona periférica del suceso, excluyéndose, en principio, su eventual dominio del hecho. Sin embargo, en los casos de aparato de poder organizado, Roxin considera que lo que sucede es, más bien, lo contrario. Esto es, que la pérdida de proximidad al hecho del sujeto de detrás se ve compensada por la medida de dominio organizativo, que va aumentando dependiendo del lugar que ocupe el sujeto en la escala jerárquica del aparato”. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, 2010, p. 33. Para más detalles sobre esta teoría véase el resumen que realizó para España su autor (aunque la teoría es anterior) en ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *RP*, nº. 18, 2006, pp. 242-248. Un análisis crítico de la misma puede verse en MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?”, en *RP*, nº. 6, 2000, pp. 104-114.

⁸⁵¹ “Ciertamente, no sólo en los delitos de terrorismo, sino en la delincuencia organizada en su conjunto, la existencia de una relación jerárquica más o menos formalizada entre quienes dirigen la organización delictiva y quienes se encargan de ejecutar las concretas acciones proyectadas por los primeros dota a la estructura criminal de una *estabilidad* que trasciende a los concretos actos delictivos cometidos por la misma. Dicha relación jerárquica convierte a la organización en una estructura objetivamente adecuada para repetir sistemáticamente en el tiempo la comisión de conductas similares, transmitiendo a la colectividad, de este modo, el mensaje de que el colectivo tiene la pretensión de desarrollar un proyecto político alternativo al constitucionalmente reconocido. [...] De este modo, asegurada la permanencia de la cúpula de la organización, la intervención concreta de unos u otros ejecutores materiales en uno u otro supuesto resultará *irrelevante*, ya que el aparato de poder organizado podría haber transformado a dichos ejecutores en *sujetos fungibles*, esto es, completamente sustituibles”. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, 2010, p. 43 (la cursiva pertenece al original).

⁸⁵² En efecto, como sostiene PÉREZ CEPEDA, el terrorismo islámico transnacional adopta un formato jerárquico más horizontal, con contingente difuso y diseminado por todo el mundo. Respecto de las redes islamistas, dice PÉREZ CEPEDA: “Esta violencia transnacional tiende a adoptar una articulación organizativa horizontal con un contingente de activistas más bien difuso. La estricta compartimentación de la red en células autónomas entre sí y diseminadas por casi todo el planeta le permite mantener estándares muy elevados de secretismo y por lo tanto de seguridad”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, 2010, p. 54.

amenazas proferidas por sus responsables⁸⁵³. A esta clase de estructura, en la que los papeles de los participantes parecen difusos, se atribuye una parte de las dificultades para desarticular definitivamente estos movimientos⁸⁵⁴. Ahora los autores son sujetos sin rostro, imperceptibles y sin conexión con las entrañas del grupo, características que han convertido al terrorista en un sujeto anónimo, facilitando su tránsito y dificultando su identificación⁸⁵⁵.

Es preciso observar, además, que esa nueva delincuencia se muestra, en cierta forma, indestructible e incontrolable, precisamente porque los argumentos a favor de los hechos criminales juegan con la subjetividad del individuo, debidamente

⁸⁵³ CANO PAÑOS aclara que, al principio, AL-QAEDA era percibida a través de su estructura jerárquica gestionada por Osama Bin Laden. Sin embargo, desde la invasión de Afganistán y el consiguiente debilitamiento de sus estructuras, la organización del grupo asumió un nuevo formato que permitió la concreción por parte de cualquier sujeto motivado por la ideología de unos objetivos que eran sostenidos por el movimiento de forma difusa. Al respecto, según el citado autor, ese grupo pasa de ser “una organización monolítica con una estructura más o menos piramidal a un movimiento, una idea o un concepto que se mantiene unido a través de una estructura en red de carácter transnacional, compuesta por individuos y grupos afines ideológicamente repartidos por todo el globo, dispuestos a cumplir con los objetivos marcados un día por Osama bin Laden”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, pp. 12 y 13.

⁸⁵⁴ Al respecto, manifiesta CANCIO MELIÁ: “En este sentido, respecto de sus formas de organización en la actualidad, en efecto, se ha dicho que su estructura obedece más al modelo de la franquicia orientada en un sistema de nodos sin jerarquía vertical «clásica» como la de los grupos a los que antes se acaba de hacer referencia, mimetizada de la estructura de los ejércitos de los Estados o de los partidos políticos siguiendo el modelo leninista de *vanguardia*. Parece claro que en el caso de estos grupos, resultaría imposible desarticular –usando sólo medios de persecución criminal y duraderamente- una organización multicéntrica y carente de una verdadera estructura funcional en su conjunto”. CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, p. 314. El autor también se manifiesta en el mismo sentido en CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, 2007, p. 165.

⁸⁵⁵ “[...] en el caso del terrorismo transnacional islamista los activistas son individuos anónimos, en muchas ocasiones sin antecedentes penales y, consiguientemente, sin necesidad de vivir en la clandestinidad. Más bien al contrario, se trata de sujetos intercambiables, con distinto trasfondo étnico, cultural, social o incluso lingüístico, unidos únicamente por la ideología transnacional representada por Al-Qaeda, la cual se encuentra permanentemente en disposición de engendrar nuevos operativos dispuestos a sembrar el terror en la sociedad occidental”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 7. A modo de ejemplo, hace referencia CANO PAÑOS a los métodos de rastreo que fueron puestos en práctica en Alemania contra los miembros del RAF (Fracción del Ejército Rojo, en alemán *Rote Armee Fraktion*, también conocida como la banda Baader-Meinhof, organización terrorista de izquierda radical que actuó en la República Federal de Alemania desde la década de los 70 del siglo XX hasta finales de ese siglo). Sin embargo, el uso de esa misma técnica contra los terroristas islámicos no parece haber surtido muchos efectos positivos: “En el caso de los terroristas de la RAF, la aplicación de este método de investigación condujo a éxitos policiales puntuales, debido fundamentalmente a que el perfil del autor de los miembros de dicha organización presentaba un carácter más o menos homogéneo. No obstante, tras los atentados del 11-S, la aplicación del *Rasterfahndung* resultó infructuosa a la hora de desenmascarar a potenciales terroristas islamistas asentados en territorio alemán, debido principalmente a la imposibilidad de elaborar un perfil de autor determinado susceptible de describir al típico terrorista islamista”. CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 9.

adoctrinado para aceptar la orientación de sus líderes. Además, considerando que este adoctrinamiento se despliega dentro de segmentos extremistas de una religión tan diseminada por todas partes del mundo, la extensión del número de potenciales autores no parece abarcable, a diferencia de lo que ocurría en el ámbito de los antiguos movimientos, que contaban con un número limitado de participantes.

No se puede olvidar, por otro lado, que las dificultades de contención de estos sujetos también se potencian por las obligaciones de los participantes, comprometidos con los mandatos religiosos (obviamente interpretados convenientemente para estos fines) en la eliminación de aquéllos denominados infieles (lo que, quizás, para nuestra cultura llevaría a los mismos efectos retóricos del concepto del enemigo). Esta orientación facilita, como acertadamente sostiene NÚÑEZ CASTAÑO, la natural deducción de la necesidad de poner en marcha una lucha contra los no creyentes guiada por el Corán⁸⁵⁶.

Por todo ello, los grupos ya no parecen interesarse por el dominio de una región específica, sino que ampliaron sus *targets* a ámbitos transnacionales, amenazando, a través de sus hechos, a todos los Estados, no sólo a aquéllos que resultan afectados dentro de sus fronteras, sino también a aquéllos que llegan a conocer la existencia del hecho terrorista a través de su cobertura por parte de los medios de comunicación o por imágenes violentas transmitidas desde la localización donde se encuentra el grupo o a partir de sitios que emulan esa localidad⁸⁵⁷. Así que

⁸⁵⁶ “El terrorismo religioso o fundamentalista, esencialmente islámico, se asienta en unos pilares radicalmente distintos de los del terrorismo hasta ahora conocido. No se externaliza como una posible contribución del sujeto hacia la consecución de unas metas (sociales, políticas o ideológicas), sino en la *obligación* de los *fieles creyentes* de cumplir los mandatos religiosos de eliminar a los infieles y proclamar el único Estado de la fe. Consecuentemente, las acciones violentas se convierten en la exigencia de luchar (*Yihad*) contra los no creyentes, de tal manera que el Corán se transforma en la Constitución, en la ley, no puede existir otra ley que tenga validez, ni tampoco lo tiene un Código penal. La *obligación* derivada de la Ley es la que hay que cumplir, y esa ley es el Corán, que moviliza a la *yihad*. [...] En resumen, la religión se configura como una concepción ideológica delimitadora del orden social y político en su totalidad, de manera que existe una unidad esencial entre fe y política, subordinada a la verdadera ley islámica”. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 48 y 49 (la cursiva pertenece al original).

⁸⁵⁷ “Sin embargo, también puede pensarse que late un nuevo sentido en las viejas palabras «monopolio de la violencia», al igual que en los fenómenos que lo desafían. El espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones en cuestión no es territorial, como se aprecia con particular claridad en el caso del terrorismo. Como es opinión común en las ciencias sociales que se han ocupado de este fenómeno, se trata de una estrategia de comunicación. Se pretende atacar (más precisamente: provocar, desafiar) al poder del Estado, por un lado, y construir una posición hegemónica en lo que los terroristas identifican como «su» campo social, por otro. Por lo tanto, la

nadie parece estar seguro acerca de dónde se encuentran verdaderamente los terroristas, ni sobre dónde será la próxima ofensiva.

La amplitud de la amenaza que se ha concretado en el siglo XXI ha convertido de este modo a todos los ciudadanos, de cualquier parte del mundo, en potenciales víctimas y ha evidenciado la incapacidad de los Estados para controlar tan específica criminalidad aunque para enfrentarse a ella se sigan utilizando, de forma reiterada y cada vez más severa, las mismas armas conocidamente ineficaces para esos supuestos.

Desde nuestra perspectiva, es evidente que las transformaciones que han tenido lugar en la naturaleza de los ataques, en la logística a través de la cual se concretan, en los sujetos activos y pasivos de los hechos y en las motivaciones que mueven las acciones son cambios que se estructuran en cadena y que a su vez determinan cambios en las respuestas jurídicas que provocan.

Porque si se tiene en cuenta la fundamentación religiosa que sostiene la ideología del grupo, la forma en que los sujetos son reclutados, las motivaciones que les llevan a participar en las acciones y las contrapartidas que se les suelen ofrecer, resulta evidente que estos individuos no serían susceptibles de intimidación⁸⁵⁸.

específica peligrosidad de las organizaciones terroristas está, más allá de las concretas lesiones de bienes jurídicos individuales, en un ataque (ideal) al Estado. Este ataque deriva de la pretensión de establecer un contraorden legitimatorio; lo que pretende la organización terrorista es ocupar un espacio normativo". CANCIO MELIÁ, Manuel, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 399 y 400.

⁸⁵⁸ "[...] hay que destacar el hecho de que el terrorismo islamista se viene caracterizando por la utilización de terroristas suicidas en sus acciones. Individuos que se conciben a sí mismos como mártires y que son preparados tanto psicológica como espiritualmente para sacrificar su propia vida en favor de la yihad contra los infieles. [...] Así, los autores de los mismos son sujetos plenamente convencidos de su acción, no sintiéndose por consiguiente intimidados por ninguna amenaza de carácter coactivo". CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 20. Además, la doctrina parece coincidir en entender que lo que motiva a esos sujetos no son cuestiones socio-económicas, ni problemas de exclusión social: "Lo que sí puede afirmarse ya sin ambages es que el terrorismo islamita no constituye en modo alguno un fenómeno asociado a la pobreza o a la exclusión social. Los amplios estudios realizados en los últimos años sobre el fenómeno del terrorismo islamita llegan a la conclusión pesimista de que en la actualidad resulta prácticamente imposible identificar al «típico terrorista», así como las vías para llegar a convertirse en combatiente de la yihad. [...] Por otra parte, los sujetos vinculados al terrorismo yihadista proceden de todas las profesiones y condiciones sociales, incluyéndose en las últimas fechas a sujetos conversos". CANO PAÑOS, Miguel Ángel, en *REIC*, 2009, p. 5. La misma opinión parece sostener por ejemplo VIGANÒ: "La disponibilidad para el martirio vuelve a muchos terroristas -o aspirantes a tales- bastante menos motivables por la norma penal que la generalidad de los criminales, a la vez que exalta su carga de peligrosidad: porque en este modo cualquiera está en condiciones de transformar su propio cuerpo en un arma letal". VIGANÒ, Francesco, en *PolCrim*, 2007, p. 9. En el mismo sentido, afirma NÚÑEZ CASTAÑO: "Por muy

Además, el rechazo de la opinión pública internacional, amenazada por las posibilidades más difusas de victimización, naturalmente influenciaría al legislador en su compromiso con sus demandas de protección, aunque quede muy claro que no sería por medio de la pena como esos niveles de seguridad podrían ser garantizados.

Desde esa perspectiva, como veremos con más detalle después, las reformas promovidas por el legislador español en la primera década del siglo XXI (que expresaban mucha de la indignación sufrida por los ataques de Nueva York, obviamente influenciada por las presiones internacionales, en especial la americana, que trataba de agregar cuerpo y legitimación a sus respuestas jurídicas y a las invasiones de territorios extranjeros) estaban basadas en la idea de la eliminación del riesgo, de modo que parecían llevar en su esencia una carga incapacitadora, reflejo de la ansiedad occidental por la eliminación de una entidad tan amenazadora. En todo caso, la reforma también presentaba tintes intimidatorios, aunque quizás no tan dirigidos al control del yihadista, como al de los occidentales que con ellos podrían colaborar, sin olvidar a los etarras que, aunque con menos fuerza, aún estaban presentes entre los enemigos de aquel momento.

En resumen, la evolución del terrorismo en el cambio de siglo supuso, como hemos visto, el paso de un concepto de terrorista vinculado a la pertenencia a estructuras criminales organizadas (como ETA) a otro concepto más amplio y difuso relacionado con el extremismo religioso. Sin embargo, la transformación no se ha detenido ahí, no pudiéndose entender la actual regulación penal en materia de terrorismo si no se analiza cómo el legislador ha aprovechado la tendencia a la ampliación del concepto de terrorista para intentar abarcar también las amenazas que para el sistema económico imperante representan (y con ello retomamos nuestra hipótesis) las clases baja y media, insatisfechas con la orientación económica adoptada por los gobiernos de las últimas décadas del siglo XX y las primeras del

graves que sean los castigos que impongan, nunca lo serán tanto como la condenación eterna. Y el premio que se puede recibir (la divinidad, el Paraíso) es muy superior a las penalidades que se deriven de la imposición de las leyes de los hombres". NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, 2013, p. 49.

siglo XXI, unas clases empobrecidas por la austeridad impuesta por el neoliberalismo. Al análisis de este fenómeno dedicamos el siguiente epígrafe.

C. LOS NUEVOS TERRORISTAS

A pesar de todo lo dicho sobre el terrorismo, no es posible definir el delito terrorista al margen del Derecho positivo nacional de cada momento. Porque, como veremos, delito terrorista es lo que el legislador defina como tal, con independencia de que las conductas realizadas presenten o no las características a las que nos hemos referido. Y la abstracción de su significado, de alguna forma, puede ser interesante para el propio Estado por las posibilidades de manipulación de esos supuestos por el legislador.

En todo caso, tampoco los instrumentos internacionales en la materia suponen un verdadero límite a la libertad de cada Estado para delimitar los delitos terroristas, en la medida en que aquéllos no parecen aportar una definición de terrorismo que sea realmente funcional. En este sentido, tiene razón GÓMEZ MARTÍN, cuando pone de manifiesto que ni el Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, ni el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997 pueden ser verdaderamente útiles, pues no hacen referencia a ninguna orientación que conduzca a un modelo de conducta a clasificar como terrorista⁸⁵⁹. Y, a pesar de esbozar un camino a la definición, tampoco supuso una solución a este problema la propuesta contenida en la Decisión Marco 2002/745/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

En la referida Decisión Marco, se entendía por delitos de terrorismo los hechos que “puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional”, cometidos con el fin de “intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo o desestabilizar gravemente o destruir las

⁸⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, 2010, p. 28.

estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”⁸⁶⁰.

Como pone de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, esta definición es extremadamente amplia y no establece límites a la posibilidad de que los Estados califiquen como terroristas conductas que no deberían ser consideradas como tales, al margen de que, al contener requisitos alternativos, “podría provocar, en pura hipótesis, que pueda ser calificado como terrorista un acto que no persiga atemorizar la colectividad”⁸⁶¹. No parece adecuada, por tanto, para delimitar correctamente los delitos terroristas respecto de los delitos comunes.

La citada Decisión Marco de 2002 fue actualizada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, la cual por cierto demuestra una preocupación excesiva con las facilidades ofrecidas a través de internet, tanto para “inspirar y movilizar a redes terroristas locales e individuos en Europa”, como para ofrecer información sobre los grupos y sus actividades, lo que serviría, según la Decisión Marco, como un “campo de entrenamiento virtual”⁸⁶². Por lo dicho, la propuesta de este texto, que no corrige ni actualiza la definición de la Decisión Marco de 2002, es que los Estados no sólo se dediquen a reprimir el terrorismo dentro de su propio territorio, sino que participen activa y efectivamente en la protección de la Unión Europea como un todo⁸⁶³, pues esas conductas necesitarían de una actuación global para que su control fuera eficaz⁸⁶⁴.

Por lo que se refiere a la legislación nacional, la versión original del Código penal de 1995 recogía distintas figuras típicas en los arts. 571 y ss. que tenían en común ser cometidas “perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, entendiéndose por éstos últimos aquéllos cuya finalidad fuera la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (art. 571). Se recogía también, en cualquier caso, si bien como una figura residual, al terrorista “individual”, que era aquél que actuaba con

⁸⁶⁰ Decisión Marco 2002/745/JAI, de 13 de junio de 2002, art. 1.1.

⁸⁶¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, 2010, p. 29.

⁸⁶² Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, (4).

⁸⁶³ Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, (5).

⁸⁶⁴ Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, (6).

las mencionadas finalidades, pero sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista (art. 577).

La LO 5/2010, de 22 de junio, modificó estos delitos, estableciendo que a los efectos del Código penal habrían de considerarse organizaciones terroristas aquellas agrupaciones que a) estuvieran formadas por más de dos personas; b) tuvieran un carácter estable o por tiempo indefinido; c) en cuyo seno se repartieran de manera concertada y coordinada diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos; y d) tuvieran por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección 2ª del Capítulo VII del Libro II. Por su parte, el grupo terrorista era definido de manera similar, si bien sin las notas de estabilidad, permanencia y reparto de tareas (art. 571.3). Los delitos de terrorismo se definían entonces en los arts. 572 y ss., donde se castigaba a quienes, perteneciendo o colaborando con organizaciones o grupos terroristas, cometiesen cualquier infracción, aunque se mantenía también la figura del terrorista individual en el art. 577, cuando el sujeto actuase con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. En ambos casos, por tanto, y al igual que en la legislación anterior, la definición del delito terrorista se basaba en la actuación con una de las mencionadas finalidades.

Sin embargo, el legislador de 2015, por medio de la LO 2/2015, de 30 de marzo, ha modificado el concepto de delito terrorista (art. 573), que ahora puede ser prácticamente cualquier delito grave⁸⁶⁵ que se haya practicado con alguna de las siguientes finalidades, que se amplían significativamente (resaltamos en **negrita** lo que supone una novedad introducida por el legislador de 2015):

⁸⁶⁵ De acuerdo con el art. 573.1, según su redacción vigente, puede considerarse terrorismo, si se dan las finalidades que se mencionan en el texto, cualquier conducta que constituya “delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías”. Pero también (art. 573.2) los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior; y el resto de los delitos tipificados en el Capítulo VII (art. 573.2).

- a) subvertir el orden constitucional **o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo;**
- b) alterar gravemente la paz pública;
- c) **desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; o**
- d) **provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.**

Pero también es una novedad que los delitos terroristas ya no se definen por la consideración del sujeto como miembro o colaborador de una banda armada, organización o grupo terrorista. Ya no es necesario demostrar que el sujeto está relacionado con uno de estos colectivos: el terrorismo individual ya no es una excepción, sino que parece ser la regla.

Se mantiene, desde luego, la regulación de las organizaciones y grupos terroristas (arts. 571 y 572 Cp.), castigándose su promoción, constitución, organización o dirección, y la mera pertenencia, siempre que tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección 2ª del Capítulo VII del libro II del Cp. Pero ya no es necesario que el grupo o la organización existan para que pueda considerarse un delito como terrorista.

De esta circunstancia, y de la ampliación de las finalidades consideradas terroristas mencionadas *supra*, se deduce un significativo endurecimiento del sistema frente a los comportamientos disidentes, pues, como señala MUÑOZ CONDE, prácticamente cualquier delito puede convertirse hoy en terrorismo⁸⁶⁶, lo que evidencia la intención del legislador de extender el concepto de terrorismo para reprimir a determinados sectores sociales que no podían incluirse en los delitos terroristas antes de 2015. En efecto, con esta nueva regulación cabe imponer los más duros castigos, que en seguida analizaremos, a los responsables de diversos hechos que tradicionalmente no se consideraban relacionados de ningún modo con el terrorismo ni legal ni socialmente. Al margen de que la amplitud y la abstracción

⁸⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 757.

de las finalidades que ahora se consideran fines terroristas facilitan la consideración como delitos terroristas de comportamientos que, aunque puedan tener un sentido político, no se relacionan con la violencia o con la diseminación del terror, sus elementos clásicos, con lo que resulta evidente, como señala CANCIO MELIÁ, que “se trata de inventar terroristas donde no los hay”⁸⁶⁷.

De este modo, si ya resultaban criticables las tradicionales finalidades consideradas terroristas, como la de subversión del orden constitucional, que puede terminar relacionando con el terrorismo conductas pacíficas dirigidas por ejemplo a la transformación del sistema político⁸⁶⁸, más criticables resultan las recientemente incorporadas. Así, por ejemplo, se incluyen ahora las acciones practicadas con el objetivo de obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo (art. 573.1.1ª). Este fin, en especial, parece afectar directamente a las protestas sociales que vienen alcanzando un protagonismo político importante desde el nacimiento del movimiento del 15-M en España⁸⁶⁹ y que proliferan en un elevado número⁸⁷⁰, protestas que tratan, justamente, de ejercer presión para inducir a los

⁸⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “«Pacto antiterrorista»: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco”, en *Eldiario.es*, 11/02/2015, <url: goo.gl/Jon88t>, consultado el 13/09/2015.

⁸⁶⁸ Al respecto, observa ASÚA BATARRITA: “La expresión «subvertir el orden constitucional» requiere precisar sus dos elementos en una doble disyuntiva. «Subversión» puede entenderse como procedimiento violento para obtener algo, o como mera alteración de un objeto preexistente [...]”. ASÚA BATARRITA, Adela, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 274. La misma ambigüedad es también observada por NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, 2013, pp. 119 y 120.

⁸⁶⁹ “Obviamente el gobierno, impulsor de esa política que no sólo desmonta el Estado del Bienestar sino que implica un «golpe de mano» contra el pacto social, trata de acallar esas protestas y amordazar a los ciudadanos; y como continúa con actuaciones que tienden cada vez más al empobrecimiento de las masas populares, lo que provoca más enfrentamientos, únicamente le queda como salida reprimir la protesta social y endurecer la legislación cada vez más antidemocrática”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “La nueva reforma penal de 2013”, en *Eunomía*, nº. 6, 2014, p. 19.

⁸⁷⁰ “La fragmentación social que se produce como consecuencia de los recortes del Estado social ha desembocado en el aumento de actos de protesta ciudadana con un gran número de concentraciones, manifestaciones y múltiples formas de protesta social. Solo en Madrid durante el año de 2012 hubo 3.419 manifestaciones; y a 20 de diciembre de 2013 ya habían tenido lugar más de cuatro mil, según datos de la Delegación de Gobierno de Madrid (solo en ocho de ellas se utilizó material antidisturbios). En conjunto, en España durante el año de 2012 hubo un promedio de 16 manifestaciones diarias y en el 2013 una media de 17 al día. Muchas de ellas son las convocadas por las conocidas «mareas» ciudadanas. También han tenido lugar como forma de protesta los denominados «escraches» ante domicilios de políticos en activo y algunas de esas manifestaciones han sido convocadas ante las sedes de las instituciones públicas, entre ellas el Congreso de los Diputados”. NIETO GARCÍA, Luis Carlos, “Rompiendo las costuras de las garantías: Comentarios al anteproyecto de ley de seguridad ciudadana”, en *Papeles*, nº. 124, 2013-2014, p. 65.

poderes político y económico a atender sus reivindicaciones. Es decir, hacer o no hacer algo⁸⁷¹.

Al menos el art. 573.1 exige (por ahora) que el delito cometido sea grave. De lo contrario, cualquier escrache, protesta o manifestación acabaría considerándose terrorista...

La amenaza de violación a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, duramente criticada por la doctrina, se ve agravada por el conjunto de reformas implementadas en 2015, que trascendieron la definición del terrorismo y se extendieron no sólo por muchas partes del Código penal (como por ejemplo en los delitos de desórdenes públicos), sino también a la legislación administrativa relacionada con la seguridad pública, reformas que, combinadas, manifiestan a las claras la intención de extender el control de la disidencia representada por los mencionados movimientos de protesta. En el enfrentamiento contra estos grupos, que parecen tener suficiente fuerza como para poner en marcha importantes transformaciones en el sistema político-económico, el legislador trató de cercarles por todos lados, de modo que las más mínimas expresiones de indignación pudieran resultar sancionadas penal o administrativamente con la finalidad de desincentivar la disidencia⁸⁷².

En cualquier caso, es importante señalar que la energía del Estado parece concentrarse en la represión exclusiva de aquéllos que se le enfrentan desde fuera, ignorando las posibilidades de que individuos o grupos organizados puedan poner en marcha desde el propio Estado hechos criminales con motivación política que lesionen el orden y los valores constitucionales. En ese sentido, quizás se pueda deducir que lo que de verdad se hace es reinstaurar una estructura jurídica de

⁸⁷¹ “Toda manifestación tiene un componente de presión sobre las personas que han de adoptar o han adoptado unas decisiones que no comparten los participantes de ésta. El escrache busca aumentar dicha presión haciendo coincidir en dicho lugar manifestantes y cargos públicos”. CATALÀ I BAS, Alexandre H., “La confrontación de derechos en los escraches”, en *RDPol*, nº. 93, 2015, p. 219.

⁸⁷² “El objetivo es transparente: ante el fracaso de la estrategia hasta ahora seguida por el Gobierno de intentar presentar a los manifestantes de los últimos tiempos como borrokas redivivos [...], se recurre a la criminalización para poder presentar a cierta parte de la ciudadanía las protestas sociales en su conjunto como fenómeno extremista, violento y rechazable. Se pretende, en suma, alcanzar el llamado «efecto de desaliento» en la ciudadanía para que no manifieste públicamente su hartazgo de un sistema político percibido como estructuralmente ilegítimo”. CANCIO MELIÁ, Manuel, “Criminalización de la protesta social”, en *Eldiario.es*, 25/01/2015, <url: goo.gl/6P9BU2>, consultado el 13/09/2015.

autoconservación. En todo caso, como pone de manifiesto NÚÑEZ CASTAÑO, no parece justificable la categorización del terrorismo por la intención de subversión del orden constitucional, si al mismo tiempo el legislador no demuestra interés en imponer las mismas condiciones punitivas a aquéllos que practican hechos similares, pero con el objetivo de sostener el sistema político imperante⁸⁷³.

La intervención estatal no sigue, sin embargo, esos derroteros. Las recientes reformas evidencian que el Estado no sólo no presta atención a esa modalidad criminal, sino que, al contrario, ofrece a las fuerzas y cuerpos de seguridad un área de actuación cada vez más extensa y, a través de ella, veladamente parece permitir intervenciones más abusivas.

En este escenario, el enemigo siempre sería quien no formara parte de la estructura política, es decir, el extraño al sistema. Pues, lo que parece de alguna manera consolidado en la opinión pública es que, a favor de la seguridad, todo está permitido, incluso los referidos hechos de terrorismo de Estado. Sin embargo, estamos de acuerdo con LAMARCA PÉREZ en que resulta ya de por sí cuestionable que la la seguridad del Estado sea en sí mismo un interés digno de ser protegido en un sistema democrático⁸⁷⁴. Y mucho menos si se pretende proteger mediante un control exacerbado de los ciudadanos por medios ilegítimos.

Y no obstante, la seguridad parece ser el punto central de las reformas españolas. En esta línea se inscribe también el paso dado por la nueva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante LOPSC) en dirección al aumento del antagonismo entre la libertad y la seguridad, ya que abiertamente se expresa justificando, para la preservación de ésta, la imposición de límites a aquélla, sin ni siquiera considerar que ambos derechos deberían

⁸⁷³ “Por todo ello, entiendo que la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública debe ser interpretada en sentido amplio de manera que abarque tanto los supuestos en los que se pretenden la destrucción o transformación del orden vigente, como aquellos en los pretendiendo protegerlos se vulneran las reglas, medios y principios constitucionalmente establecidas”. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, 2013, p. 128.

⁸⁷⁴ “No obstante, tampoco parece que la seguridad del Estado pueda hoy expresar, desde el sistema de labores y principios que consagra el texto constitucional, el interés protegido en las infracciones políticas; al menos, no puede expresarlo ese ambiguo concepto que ha venido sirviendo como genérico criterio de incriminación de cualquier conducta de oposición al régimen político”. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, en *ADPCP*, T. 46, F. 2, 1993, p. 545.

encontrarse en el mismo plano jerárquico o que deberían incluso estar conectados para protegerse mutuamente⁸⁷⁵. En esta nueva ley, por el contrario, parece haberse también modificado el sentido de la seguridad, que ya no se entiende como la libertad del disfrute y ejercicio de todos los derechos, ofrecida por las garantías democráticas, sino como la protección física contra el otro, ahora supuestamente garantizada por las fuerzas policiales. En este sentido, parece acertada la opinión de MAQUEDA ABREU cuando pone de manifiesto que lo que se trata de asegurar, por medio de marcadores legales demasiado abstractos que hacen muy flexibles los márgenes de interpretación, es la obediencia de los ciudadanos, más que sus derechos o sus libertades⁸⁷⁶.

La consolidación de esta tendencia parece partir del propio concepto de desorden público (véanse los arts. 557 y ss. Cp.), basado ahora en la idea de tranquilidad, como señala ÁLVAREZ GARCÍA, quien sostiene que el fin de “participación activa plena de los ciudadano en la vida jurídica” ha sido olvidado en aras de la preservación del orden. Como acertadamente pone de manifiesto este autor, el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tales como el derecho de manifestación o reunión, debería ser entendido como elemento del orden público y no como causante de trastornos al mismo, pues la participación política es condición fundamental para el desarrollo y la preservación del sistema democrático⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ “Tal necesario equilibrio entre ambos parámetros de un mismo todo –la seguridad ciudadana no ha de utilizarse como un fin social, que lo es constitucionalmente admitido, absoluto, prevalente y neutralizador de derechos y libertades sino como (sic) objetivo social para la consolidación y respeto a los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos- ha de conseguir la eficacia del sistema garantista de derechos y libertades donde la estructura de seguridad sea el instrumento para defender a aquellos y no al contrario”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, en *Abogacia.es/newsletter*, nº. 67, 27/03/2014, <url: goo.gl/Lfw107>, consultado el 25/09/2015.

⁸⁷⁶ “[...] su verdadero objetivo es generar un entorno intolerante y amenazante en que la obediencia de los ciudadanos quede asegurada. Y lo hace, precisamente, mediante ese intervencionismo expansivo, que dice no promover, ante conductas de límites frecuentemente inciertos que son interpretadas y sancionadas bajo condiciones de máxima discrecionalidad, que es lo que supuestamente se propone evitar”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *REIC*, 2015, pp. 38 y 39.

⁸⁷⁷ “El orden público, desde el punto de vista constitucional, exige ser comprendido no en un sentido de «quietud» de los ciudadanos sino en el de participación activa de estos en la totalidad del Ordenamiento; ello requiere desterrar como referente conceptos como el de «mantenimiento de la tranquilidad ciudadana» [...] y otros similares como contenido material del orden público, y sustituirlos por otros que se refieren a la participación activa plena de los ciudadano en la vida jurídica [...]”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 29. Y continúa el autor: “[...] el ejercicio público de derechos constitucionales como los de reunión, manifestación, expresión, etc., no puede

Para ÁLVAREZ GARCÍA, sin embargo, es esta última la concepción que ha prevalecido, conclusión a la que llega comparando la anterior redacción de los tipos de desórdenes públicos y la nueva, extrayendo esta idea de la recién introducida exigencia de que *se altere la paz pública* como elemento del tipo en el delito del art. 557, frente a la anterior definición, referida a la *alteración del orden público* con la finalidad de atentar contra la paz pública⁸⁷⁸. Hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 557.1 incluía un listado cerrado de los comportamientos que podrían ser considerados como causantes del desorden: producir lesiones a las personas o daños en las propiedades, obstaculizar vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadir instalaciones o edificios⁸⁷⁹. Sin embargo, el legislador de 2015 ha ampliado esas fronteras no sólo, como ya hemos visto, permitiendo la interpretación de que cabe cometer este delito por la simple alteración de la paz pública, sino que ya ni siquiera es necesario que se produzcan resultados concretos lesivos de lesiones, daños, etc., bastando con que se ejecuten actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas⁸⁸⁰ *o con amenazar con llevarlos a cabo*⁸⁸¹. A esto se añade

verse como un supuesto de compromiso para el orden público, sino como plena realización de éste, formando parte del contenido de su concepto. A esto debe dársele una doble trascendencia: por una parte ha de entenderse como modo no sólo legítimo sino necesario de expresión ciudadana para la adecuada conformación del orden político [...]; así, las protestas, reuniones o manifestaciones públicas han de ser conceptuadas no como elementos de sospecha de alteración del orden sino como expresión de participación ciudadana en la realización del orden constitucional, cuyo desarrollo no sólo no debe ser obstaculizado o reprimido sino alentado”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 30.

⁸⁷⁸ Comparando el texto del Anteproyecto de reforma del Código penal (que en este aspecto se mantuvo en la versión final de la ley de 2015) y la redacción entonces vigente (hoy ya derogada), comentaba ÁLVAREZ GARCÍA: “Este texto, y en relación con el vigente, presenta una modificación fundamental: en el vigente se exige como elemento del tipo la efectiva alteración del «orden público» como consecuencia de los hechos que lleve a cabo el sujeto; sin embargo, en el anteproyecto basta con que se altere la «paz pública», es decir, que sería suficiente con una afectación a «la tranquilidad ciudadana»”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 31.

⁸⁷⁹ Según la redacción vigente del art. 557.1 desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 30 de junio de 2015: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

⁸⁸⁰ Dejando al margen ahora, por escapar a nuestro análisis, lo criticable que resulta hablar de “violencia sobre las personas o sobre las cosas”, en vez de hablar, como debería, de violencia sobre las personas y *fuerza* en las cosas.

⁸⁸¹ En este sentido, señala CUERDA ARNAU: “A partir de ahora, además de que en la modalidad consistente en amenazar desaparece todo resultado, ya no se exige que la finalidad perseguida por el sujeto sea la alteración de la paz pública [...]”. CUERDA ARNAU, María Luisa, “Comentarios a la

el que, en la redacción vigente, el tipo no sólo se refiere a quienes “actúan en grupo” (como ocurría desde la redacción original del Código penal de 1995), sino que a partir de 2015 también se incluye a quien actúa individualmente (aunque amparado en el grupo)⁸⁸². De este modo, la nueva redacción del tipo parece haber facilitado una eventual relación forzada de coparticipación, para casos en que ni siquiera exista un acuerdo entre los actores, lo que permitirá que sujetos independientes, pero participantes de una misma protesta, puedan ser considerados en caso de desorden como relacionados entre sí⁸⁸³.

Por otro lado, mediante una descripción absurdamente abstracta, el art. 557.2 Cp. extiende el ámbito del tipo básico del delito de desórdenes públicos a los sujetos que “incitaren” a otros a cometer las conductas tipificadas en el art. 557.1 Cp. (lo que podría interpretarse como una elevación de conductas de inducción a la categoría de autoría) y (lo que es peor) a quienes actúen meramente “reforzando su disposición a llevarlas a cabo” (esto es, convirtiendo en autoría conductas que, como máximo, cabría calificar como de complicidad psíquica), ampliando hasta fronteras insospechadas la represión del pensamiento disidente. En definitiva, desde la referida tipificación, pasan a poder ser criminalizadas conductas relacionadas con la simple libertad de expresión, ejercida por medio de cualquier vehículo, sin que sea necesaria absolutamente ninguna consecuencia del hecho que provocó la inculpación. Es decir, que la opinión emitida, aunque indirectamente y sin este fin (no se exige que la incitación sea directa), a través de la publicación de libros o artículos, discursos o entrevistas, o la producción de productos culturales de

reforma del Código Penal de 2015”, en González Cussac, José Luis (Dir.), Matallín Evangelio, Ángela/ Górriz Royo, Elena (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1296.

⁸⁸² En efecto, el actual art. 557 establece lo siguiente: “1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo. 2. Con las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”.

⁸⁸³ “Aunque no acaba de entenderse bien qué quiere decirse con ello, todo indica que lo perseguido es sancionar como coautor o partícipe a quien, sin previo acuerdo con el grupo, converge con él de manera improvisada, realizando acciones de alteración de la paz [...]. Tal vez el legislador haya querido dar un paso más y sancionar incluso en ausencia de un acuerdo, siquiera tácito, con la actuación del grupo”. CUERDA ARNAU, María Luisa, “Desórdenes públicos I (arts. 557.1o. y 557 Bis)”, en González Cussac, José Luis (Dir.)/ Matallín Evangelio, Ángela/ Górriz Royo, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1297.

contenido político, entendidos como motivadores de la disidencia, pueden ser comprendidos por el poder público como una incitación al desorden⁸⁸⁴, lo que lleva a la doctrina a identificar una cierta lógica cercana a la de la apología⁸⁸⁵.

Por si quedaban dudas respecto a sus intenciones, el legislador complementa el artículo 557 describiendo en el art. 557 bis una serie de circunstancias cualificadoras que dan lugar a que la pena del tipo básico, menos grave (prisión de seis meses a tres años), se convierta en grave (uno a seis años de prisión)⁸⁸⁶. Es precisamente en este artículo donde se hace específica referencia a las manifestaciones o reuniones, seguramente por la consciencia acerca de las tensiones existentes en las grandes aglomeraciones, además de las dificultades para controlar lo que pasará en esos encuentros. Difícilmente justificables parecen, sin embargo, algunas de estas cualificaciones, como, por ejemplo, las previstas en los números 3º (que los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas) o 6º (cuando se lleven a cabo con ocultación del rostro y así se dificulte la identificación de sus autores). Y el art. 573 bis.4 prevé expresamente como delito terrorista la comisión de desórdenes públicos del art. 557 bis cuando se cometan por una organización o grupo terrorista, o individualmente pero amparados en ellos. ¿Tres miembros de una plataforma que en una numerosa

⁸⁸⁴ Acertadamente observa ALONSO RIMO: “[...] bastará a los efectos típicos del art. 557.2 con que un sujeto realice un discurso ante un grupo de personas y con que, sin perjuicio de lo que luego pase en relación con la efectiva comisión o no del desorden público, se considere que tal discurso tiene aptitud para reforzar la disposición de aquéllas a cometer el mencionado delito”. ALONSO RIMO, Alberto, “Desórdenes públicos II (arts. 557.2, 557 Ter, 559 y 561)”, en González Cussac, José Luis (Dir.), Matallín Evangelio, Ángela/ Górriz Royo, Elena (Coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1303.

⁸⁸⁵ “[...] el tenor literal del art. 557.2 no exige que la incitación sea *directa*. Se da entrada así a las llamadas a cometer desórdenes públicos tácitas, o no explícitas, que aproximan este último precepto al terreno de las apologías [...]”. ALONSO RIMO, Alberto, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 1302.

⁸⁸⁶ Art. 557 bis: “Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años de prisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada. 2.º Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos. 3.º Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas. 4.º Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje. 5.º Cuando el autor del hecho se prevalliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 6.º Cuando se lleven a cabo con ocultación del rostro y así se dificulte la identificación de sus autores. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o pillaje que se hubieran llevado a cabo”.

concentración para impedir un deshaucio intentan, causando algún daño al mobiliario urbano, impedir que la policía pase cometen un delito terrorista?

Tras estas reformas, la doctrina entiende que el objetivo evidente de la nueva tipificación no es simplemente castigar a los responsables de los daños causados con ocasión de las protestas sociales, sino intimidar a la generalidad para que se alejen de los movimientos y debilitar así la disidencia⁸⁸⁷.

Siguiendo esta misma lógica, el catálogo de comportamientos tipificados ahora también incluye expresamente (art. 559) la difusión por medio de las redes sociales, reconocidas como responsables de la propagación de las ideas del 15-M, de cualquier tipo de mensajes que “inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo”⁸⁸⁸. De donde parece deducirse que, si no se hace una interpretación restrictiva, cabría castigar por este delito aunque la “incitación” se concretara sólo en convocar a los ciudadanos a participar de los encuentros, aunque los mismos no generen ningún tipo de daño ni desorden, o incluso aunque el evento no llegara a realizarse.

Por otra parte, esforzándose para no dejar espacio a ninguna conducta de esta clase, el legislador también incluyó en el art. 557 ter.1 la invasión u ocupación, actuando en grupo o individualmente pero amparándose en él, contra la voluntad de su titular, de “el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal”. Evidentemente, el legislador quiere referirse a los escraches: manifestaciones pacíficas (pero molestas) realizadas en sedes de instituciones financieras e, incluso, en edificios públicos, como ha pasado ya con alguna frecuencia en los últimos años⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ “En realidad, lo que se pretende es intimidar [...] para evitar la participación en todos aquellos acontecimientos en los que la manifestación aparezca como algo que vaya más allá de una «alegre romería en día de feriado» [...]”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 33.

⁸⁸⁸ Precepto muy similar, por lo demás, al del art. 579.1 en materia de terrorismo.

⁸⁸⁹ “[...] el ordenamiento jurídico español sigue sosteniendo, abstractamente, la posibilidad de que los ciudadanos protesten las decisiones empresariales o políticas que les afecten, pero no les permite expresar la queja a través de los modos que históricamente, en todo el movimiento obrero y ciudadano mundial, ha utilizado”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 33.

Como pone de manifiesto la doctrina, el escrache supone un enfrentamiento directo del ciudadano con los representantes del poder público. Es por medio de este acto que las quejas y las reivindicaciones alcanzan precisamente a los responsables de los hechos que les dieron causa, así que las presiones naturales de la manifestación, a diferencia de lo que ocurre en las marchas, afectan directamente a esos actores⁸⁹⁰. Por ello, es posible que la limitación de esta modalidad de protesta se relacione con la protección del derecho a la intimidad de la clase política, la cual entra en conflicto directamente con la libertad de expresión de los activistas, quedando ésta en visible desventaja frente a aquélla, ya que, como observa ALONSO RIMO, más que proteger a la ciudadanía, lo que se está haciendo es “proteger a los «políticos» (frente a los ciudadanos)”⁸⁹¹.

En todo caso, es importante añadir que, si el escrache es una modalidad de reunión pacífica en lugar de tránsito público, legítima como cualquier otra, se le deberían aplicar las mismas reglas que regulan ésta. En consecuencia, la comunicación previa a las autoridades, entre otras exigencias destinadas a la propia regulación de este derecho, también se debería extender a los escraches. Aunque eso significa también que, si cumplen los requisitos constitucionalmente exigidos, los escraches no tendrían por qué ser prohibidos⁸⁹².

⁸⁹⁰ “La peculiaridad del escrache radica en que pretende una confrontación entre los participantes en la manifestación y los cargos públicos que han de adoptar una decisión que aquellos no comparten; confrontación que se busca en el ámbito público-privado de dicho cargo, entendido por tal el espacio público en el que el cargo se desenvuelve al margen de sus funciones públicas, es decir, como un particular”. CATALÀ I BAS, Alexandre H., en *RDPOI*, 2015, p. 219.

⁸⁹¹ “El caso de los escraches [...] constituye un buen ejemplo de la exacerbación de las tensiones que se produce en tiempos de crisis en torno al derecho de reunión y manifestación (la acuciante necesidad de ejercitarlo por parte de la ciudadanía, de un lado; la tentación de reprimir estas libertades por parte del poder político, de otro). Creo que si algo queda claro del examen que hasta aquí se ha hecho del ALOPSC es que, ante dicha coyuntura, se toma partido de manera muy significativa por favorecer la segunda de las opciones indicadas —desde esta perspectiva cobra sentido el discurso crítico que denuncia que el anteproyecto está orientado, más que a la tutela de la seguridad ciudadana, a proteger a los «políticos» (frente a los ciudadanos)— [...]”. ALONSO RIMO, Alberto, “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, en *RGDP*, nº. 21, 2014, p. 13.

⁸⁹² “El ejercicio del derecho de reunión en su modalidad de «escrache» debe cumplir, como es evidente, con los requisitos de ejercicio de cualquier reunión en lugar de tránsito público. Esas reuniones, por lo tanto, sólo pueden ser promovidas y convocadas por persona que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 4.1 LORDR). Y deben contar con la comunicación previa a la autoridad prevista en los artículos 21.2 CE y 8 de la LORDR, también en el caso de que sean veinte o menos personas [...]”. BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, “Las libertades de expresión y de reunión en la constitución española: breve apunte sobre los «escraches» como punto de confluencia entre ambas libertades”, en *EJ*, V. 14, nº. 3, 2013, p. 50.

De la concreta regulación legal, parece en cualquier caso desprenderse que, más molestas que las perturbaciones frente a los domicilios de los responsables de las políticas de austeridad, se consideran las reuniones pacíficas en domicilios de personas jurídicas (ámbitos cerrados, cuya ocupación no parece alterar la paz pública que teóricamente se busca alcanzar). Lo que es evidente es que los escraches realizados en empresas (sobre todo en instituciones financieras), además de la obvia incomodidad que puedan provocar, pueden resultar en perjuicios económicos, tanto mientras se realiza el acto, como después, a consecuencia de la repercusión mediática y en las redes sociales, las cuales suelen desencadenar olas de críticas perjudiciales para su imagen en el mercado. Realidad que nos lleva a suponer las presiones que han debido ejercer los agentes económicos sobre el poder público para conseguir que se realicen reformas legales con el fin de impedir este tipo de actos⁸⁹³.

Hay que tener en cuenta, además, que la prohibición descrita en este artículo (art. 557 ter Cp.) es reforzada por el art. 37.7 LOPSC que sanciona administrativamente “la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”.

En efecto, como ya hemos mencionado, los recortes a la libertad de expresión y a los derechos de manifestación y reunión se han agravado por medio de la LOPSC. Sin embargo, el art. 3 de esta ley recoge como supuestas finalidades de la misma y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación, en primer lugar, “la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico”. Junto a esta finalidad se recogen en el art. 3 otras, entre ellas, la protección de las personas y bienes, la prevención de la comisión de delitos

⁸⁹³ “Desde la óptica orden público -insisto-, y no de otros bienes que sí que se pueden ver más fácilmente comprometidos en un espacio cerrado -como la intimidad domiciliaria o la libertad de obrar o ambulatoria- pero que obviamente no se ocupa de tutelar este precepto, tal divergente tratamiento sería difícil de explicar si no fuera porque conocemos las «razones» concretas que han motivado la tipificación de estas conductas: sofocar ciertas acciones de protesta ciudadana que han adquirido notoriedad en los últimos tiempos, particularmente las ocupaciones pacíficas de oficinas bancarias”. ALONSO RIMO, Alberto, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 1312.

o la transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana. Pero también garantizar el normal funcionamiento de las instituciones, la preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas o la pacífica utilización de los espacios públicos. El art. 3 LOPSC destaca además la paz pública como un importante referente, lo cual ha llevado a la doctrina a cuestionar la legitimidad de tal fin, visto que no parece tener mucho sentido que, como apunta ÁLVAREZ GARCÍA, la puesta en peligro de la paz pueda justificar la limitación del ejercicio de derechos constitucionales por parte de los ciudadanos⁸⁹⁴.

En ese sentido, el Preámbulo de la LOPSC reitera el ya conocido discurso respecto a la necesidad de proteger la seguridad por medio de recortes a la libertad. Para el legislador, la “seguridad ciudadana es la garantía de [...] los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas”⁸⁹⁵, una garantía de tal importancia que se superpone a los demás derechos y que se realiza mediante el ordenamiento jurídico, el Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Precisamente en lo que se refiere a estos últimos, la doctrina identifica precisamente como uno de los objetivos de la ley, pero obviamente omitido, el de, a través de los recortes a los derechos políticos y civiles del ciudadanos, ofrecer más espacio de actuación a la policía, por cuyos eventuales abusos ahora difícilmente será responsabilizada⁸⁹⁶.

Si vamos un poco más lejos en el análisis de la referida ley y observamos los fines descritos en el art. 3.d (el respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades) y el art. 3.h (la prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados), se puede observar la intención de gestionar los movimientos bajo la idea del control de delitos y “hacer primar una presunta «eficacia» policial sobre la libertad”, como señala ÁLVAREZ GARCÍA⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 36.

⁸⁹⁵ Epígrafe I del Preámbulo de la LOPSC.

⁸⁹⁶ “De este modo, deja fuera de su regulación los mecanismos de garantía e introduce algunas infracciones cuyo objetivo fundamental es garantizar la impunidad de las actuaciones policiales cuando el uso de la fuerza es desproporcionado [...]”. NIETO GARCÍA, Luis Carlos, en *Papeles*, 2013-2014, p. 69.

⁸⁹⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomía*, 2014, p. 37.

Entre las muchas novedades introducidas que favorecen el control policial están la obligatoriedad de presentar documento de identificación a las autoridades, cuando sea solicitado (art. 9.2 LOPSC), la autorización para entrada en domicilios y edificios de organismos oficiales, desde que haya una “causa legítima”, sin necesidad de consentimiento de la autoridad responsable del mismo (art. 15 LOPSC), la posibilidad de practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que se consideren necesarias para buscar armas o instrumentos peligrosos, confiscando los objetos o instrumentos que se encuentren (art. 18 LOPSC) o registros corporales externos (art. 20 LOPSC) y el permiso para registrar imágenes por medio de cámaras de vigilancia (art. 22 LOPSC).

Además, la referida ley orgánica, esgrimiendo la supuesta finalidad de “proteger la celebración de reuniones y manifestaciones”, autoriza la disolución de aquéllas que perturbaren la seguridad ciudadana (art. 23 LOPSC).

Por otra parte, en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad por las infracciones cometidas en manifestaciones y reuniones, la LOPSC considera organizadores o promotores a aquéllos que han suscrito la comunicación al poder público respecto a su realización. Sin embargo, también pueden ser responsabilizados los individuos que presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes a los organizadores, así como “quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas” (art. 30.3 LOPSC). Es decir, prácticamente cualquier persona que manifieste públicamente su opinión en la protesta.

Según el art. 39 de la LOPSC, las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100 a 600 euros. Multa a la que puede acompañar alguna sanción accesoria, como la retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas o el comiso.

El catálogo de infracciones, por su parte, integra una lista de comportamientos bastante diversos y, en algunos momentos, incluso redundante. Así, por ejemplo, son infracciones muy graves (art. 35.1) las “reuniones o

manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas”.

Por su parte, son infracciones graves, entre otras, los “actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales” (art. 36.4); la “desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones” (art. 36.6); la “intrusión en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad, incluyendo su sobrevuelo, cuando se haya producido una interferencia grave en su funcionamiento” (art. 36.9); o el “uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información” (art. 36.23: ¿grabar a un policía mientras usa una violencia excesiva para disolver una reunión?).

Entre las infracciones leves, se incluyen por ejemplo la “celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio” (art. 37.1); el “incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos” (art. 37.3); las “faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad” (art. 37.4); la “ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”, así como la “ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente” (art. 37.7); los “daños o el deslucimiento de

bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública” (art. 37.13: una pintada reivindicativa); o el “escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes” (art. 37.14: ¿subir por ejemplo a un edificio público para pegar una pancarta?).

Se usan, además, en la descripción de las conductas prohibidas, muchos conceptos vagos e imprecisos que permiten las más diversas interpretaciones. Un ejemplo de ello es el uso de la palabra “grave”, sin que en ningún momento se aclare su real significado. Así, el art. 36.2 LOPSC considera infracción grave “la perturbación *grave* de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal”; o también (art. 36.3) “causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración *grave* de la seguridad ciudadana”.

Este amplio margen de libertad ofrecida por el legislador a los responsables de la gestión del espacio público resulta desde luego perjudicial para el propio ciudadano, pues, en lo relativo a la seguridad jurídica, la indefinición de los comportamientos que dan lugar a la infracción y la flexibilidad que la misma permite parece ser un elemento desalentador de nuevas protestas⁸⁹⁸.

Llegados a este punto, todas las modificaciones analizadas, entre tantas otras que no hemos podido incluir por las propias necesidades de recorte teórico, parecen evidenciar que se está tratando de convencer a un número considerable de

⁸⁹⁸ En este sentido se manifiesta CUTIÑO RAYA: “Entre las infracciones graves, con multas entre 600 y 30 mil euros, tal vez la que mayor repercusión mediática haya tenido sea la consistente en la perturbación grave con ocasión de reuniones o manifestaciones frente al Congreso, Senado o parlamentos autonómicos. Ninguna seguridad jurídica aporta definir una ‘infracción grave’ en una ley de protección de la seguridad ciudadana como la ‘perturbación grave’ de la misma, sin especificar en qué consiste esa perturbación grave, lo que deja un gran margen de arbitrio a los agentes de la autoridad. Además, la infracción podría producirse aunque la institución no esté reunida, por lo que parece que no es el correcto funcionamiento de la misma lo que se protege”. CUTIÑO RAYA, Salvador, “Comentario de la ley de seguridad ciudadana de 2015”, en *derechoydemocracia.es*, agosto de 2015, <url: <http://goo.gl/c9psSn>>, consultado el 27/09/2015, p. 4.

ciudadanos (es decir, a la población mundial) de que la seguridad del Estado es lo mismo que la seguridad personal y que, para garantizar ésta, con todo se ha de concordar y todo se ha de permitir, proceso que precisamente surge con los atentados del 11-S, como ya se vio *supra*⁸⁹⁹. En efecto, la atmosfera de inseguridad que se establece desde 2001 ha facilitado la penetración del discurso del enemigo en el Derecho penal positivo en una intensidad que ahora mismo parece incontrolable.

La afirmación de la existencia de no-personas, sostenida por la doctrina penal, sea por encontrarse excluidas del mercado laboral, del universo del consumo o del sistema político, junto con el concepto del enemigo como individuo que no ofrece garantías cognitivas de respetar la legislación, han permitido la imposición de toda la energía disponible para el aparato punitivo en contra de determinados sujetos categorizados como amenazantes, incluyendo aquéllos que, en realidad, a quienes amenazan es sólo a los detentadores del poder.

Desde esta perspectiva, parece impresionante la relación que forzosamente se trata de establecer entre el ciudadano insatisfecho con las consecuencias del neoliberalismo, partidario de que se introduzcan cambios en el sistema imperante, y el sujeto insatisfecho con el sistema político-económico occidental, que pretende su fin. Ambos, de una forma o de otra, se encuentran insatisfechos. Ambos se organizan en contra del sistema. Ambos se quejan del capitalismo contemporáneo. Las diferencias entre ellos, sin embargo, son muchas y de gran calado, yendo desde los medios para realizar sus fines a la escala, tanto de su potencial ofensivo y de lo que pueden mover para garantizar sus intereses, como de sus insatisfacciones.

En efecto, mientras el terrorista islámico trata de destruir el orden económico internacional, el ciudadano activista parece buscar la mejora de sus

⁸⁹⁹ Respecto de las consecuencias legales que siguieron al 11-S, considera PORTILLA CONTRERAS que se trata de una “[...] legislación que responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la «seguridad del estado» en «seguridad de los ciudadanos»”. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1403. Por lo que parece, ésta ha sido la estrategia perfecta para impedir cualquier posible crisis de legitimidad que se hubiera podido derivar de la nueva orientación punitivista. Por ello, estamos de acuerdo con MAQUEDA ABREU cuando sostiene que: “No hay temor, de otra parte, a una crisis de legitimidad en tanto que ésta se torna cada día más irrelevante para los poderes actuariales de la postmodernidad, que la suplen con la difusión de un discurso simbólico de peligrosidad social, que alcanza a indiscriminados grupos y zonas de riesgo, siempre identificados por una violencia que se da por supuesta. No podía ser de otro modo, porque son esos mismos poderes quienes la definen, marcando la distancia entre lo normativo y lo desviado”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *REIC*, 2015, p. 16.

condiciones de vida, aunque contraponiéndose al capitalismo avanzado, es decir, al sistema económico legitimado. Mientras el terrorista islámico está dispuesto a movilizar a otros individuos para, a través de la violencia, sacudir el equilibrio constitucional del occidente, el ciudadano activista desea reconquistar beneficios sociales perdidos por medio de acciones políticas, constitucionalmente garantizadas, y, aunque en sus protestas se produzca algún acto violento, éstos, en general, parecen ser incidentales. ¿Entonces, por qué se entiende que este sujeto se aproxima a aquél?

Por lo que parece, el problema está en la coincidencia respecto del sujeto pasivo de la queja. ¿Pero, de quién se trata en realidad?, ¿del Estado o del sistema económico?

Como ya hemos manifestado anteriormente, desde nuestro punto de vista ambos se encuentran muy cercanos. De hecho, la conexión entre los poderes económico y político ha llevado a la perversión de sus papeles hasta el punto en que la ofensa a uno representa la ofensa al otro. Quizás porque uno es un segmento del otro, o porque el más fuerte ha absorbido al más débil. Esa conclusión parece evidente desde el momento en que se trata de penalizar de la forma más dura posible en un sistema democrático (que ya quizás se haya desfigurado, perdiendo muchos de los elementos que le caracterizan como tal) a sujetos que no están poniendo en marcha luchas dirigidas a la destrucción del orden constitucional, sino que parecen buscar reconfiguraciones del modelo capitalista que recorten su poder.

Es decir, no es el orden constitucional o político el que podría sentirse amenazado por los movimientos populares, sino el orden económico. Y aun así el Estado siente que la amenaza y la intimidación popular están dirigidas a él.

Esto, unido a todo lo visto anteriormente, explica el permanente conflicto en el que se encuentran actualmente las sociedades occidentales de una forma o de otra, sea externamente por medio de acciones militares, sea internamente en contra de sus propios enemigos.

II. CONTROL Y CASTIGO

Pero, ¿cómo ha influido este proceso en las decisiones político criminales del legislador en materia de consecuencias jurídicas del delito en las últimas décadas? Veámoslo en los siguientes epígrafes.

A. INCAPACITACIÓN E INTIMIDACIÓN

La LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas modificó no sólo el Código penal, sino también la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alineando dichas leyes en torno del cumplimiento íntegro y efectivo⁹⁰⁰ de las penas privativas de libertad aplicadas contra delincuentes terroristas y miembros del crimen organizado⁹⁰¹, lo que resultó en la introducción del período de seguridad y en el endurecimiento de los requisitos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. La LO 7/2003 introdujo otras modificaciones, entre las cuales cabe destacar ahora el aumento del límite máximo de cumplimiento en casos de concurso real de delitos.

Criticada ampliamente por la doctrina⁹⁰², la ley de reforma afirmaba perseguir “una lucha más efectiva contra la criminalidad”, alegando el principio de

⁹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ señala que con la expresión “cumplimiento íntegro y efectivo de la pena” el legislador muestra su intención de aumentar el castigo sin necesariamente aumentar la cantidad de pena. ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 96.

⁹⁰¹ La ley modifica otros artículos del Código penal, como aquéllos referentes a las penas de corta duración, sin embargo aquí analizaremos solamente aquellos aspectos de la reforma de 2003 que se refieren al tratamiento penal de delincuentes terroristas.

⁹⁰² Críticos con la reforma de 2003 se muestran, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, nº. 1, 2003, pp. 1-20; FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 299-340; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Reflexiones sobre la ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva”, en *RDPC*, 2ª. época, nº. Extraordinario 2, 2004, pp. 101-193; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la «tolerancia cero» al «derecho penal del enemigo»”, en *RECJ*, nº. 2, 2005, pp. 1-32; REBOLLO VARGAS, Rafael, en *RDPP*, 2005, pp. 103-108; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “El nuevo modelo de política criminal”, en *JD*, nº. 57, 2006, pp. 18-32; LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, pp. 1-35; GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “Aproximación a la determinación de la pena en los delitos de terrorismo”, en García Valdés, Carlos/ Cuerda Riezu, Antonio/ Martínez Escamilla, Margarita/ Alcácer

legalidad y la seguridad jurídica como supuestos argumentos para limitar –y, en algunos casos, impedir– la individualización de la pena en fase penitenciaria, para promover el aumento de los límites máximos de cumplimiento y para minimizar los ámbitos de discrecionalidad judicial, dificultando el acceso a los beneficios penitenciarios, a la progresión de régimen y a la libertad condicional, además de proporcionar específicamente a la víctima de terrorismo una posición de protagonismo.

Más allá de asumir la creación de un sistema penal de excepción dirigido a la neutralización de terroristas y miembros del crimen organizado⁹⁰³, la LO 7/2003 introduce las bases para un cambio en el fin de las penas, desde la anterior orientación (aunque imperfecta) a la resocialización hacia la incapacitación. Esa transformación se percibe a través de la ruptura de principios básicos contruidos por el Derecho penal garantista, dedicado durante largo tiempo a la humanización del sistema, de la punición y consecuentemente de la sociedad, que controlaban sus instintos punitivistas en favor de un ambiente social más justo y equilibrado, orientado a la prevención de conflictos futuros.

El prelegislador de 2003 admitía claramente su objetivo de luchar contra la criminalidad a través del carácter incapacitador de la punición y alegaba que algunos crímenes, por su gravedad, necesitarían de “una respuesta más contundente por parte del ordenamiento jurídico penal”⁹⁰⁴. Y, demostrando no creer en la posibilidad de reeducación de un condenado por actividades terroristas, afirmaba su intención de dificultar los beneficios penitenciarios para esos sujetos alegando que “la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios”,

Guirao, Rafael/ Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 919-948; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos”, en Muñoz Conde, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 115-162.

⁹⁰³ Como pone de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC, “[e]l objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, sin importar demasiado su evolución”. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en RXG, nº. 38, 2003, p. 24.

⁹⁰⁴ Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

empleados en favor de la resocialización y reinserción social, habían terminado por volverse “instrumentos al servicio de los terroristas”⁹⁰⁵.

Con estas afirmaciones se evidencia claramente la contaminación de la legislación por el Derecho penal del enemigo, visto que el propio Estado ha pasado a determinar los que tienen y los que no tienen derecho a ser beneficiados por las garantías que todo Estado democrático ofrece –o debería ofrecer–, y precisamente a través de la referida diferenciación se reitera la orientación del nuevo tratamiento penitenciario a la contención de esos específicos individuos⁹⁰⁶.

La supuesta situación de emergencia ante la amenaza latente se observa en la LO 7/2003 en su *vacatio legis* de apenas un día desde la publicación de la misma en el BOE, aumentando con ello aún más la sensación de riesgo y de necesidad de intervención estatal en el enfrentamiento al problema. Es precisamente en este tipo de cuestiones donde se evidencia la retórica populista de la reforma. Medidas como éstas pretende reafirmar ante la colectividad la preocupación del poder político por responder a sus demandas de seguridad, aunque entrelineas lo que se lee es, más que la intención de promover un sistema penal más eficaz y comprometido con resultados concretos, el interés por obtener el apoyo público⁹⁰⁷.

Sin embargo, las modificaciones legales no se detuvieron en 2003. Dando continuidad a la orientación intimidatoria e inocuizadora ante los delitos de terrorismo, el legislador español, a través de la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, siguió agravando la respuesta penal para las referidas conductas, esta vez reformando no sólo la parte general del Código, sino

⁹⁰⁵ Exposición de Motivos del Anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁹⁰⁶ Como ya hemos dicho, en opinión de JAKOBS, “[e]l Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra”. JAKOBS, Günther, en *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 33 (la cursiva pertenece al original).

⁹⁰⁷ “El profesional de la política acuña, frecuentemente, normas que ni solucionan lagunas punitivas, ni se justifican por su necesidad racionalmente valorada, pero permiten al poder político lanzar el mensaje de que se está reaccionando ante las preocupaciones ciudadanas. Muchas de estas normas no incidirán en la solución de los problemas y por ello, son esencialmente simbólicas”. GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, en *RDPC*, 2009, p. 287.

también los correspondientes tipos penales de la parte especial, como ya hemos visto en el epígrafe anterior⁹⁰⁸.

Respecto a los cambios de la parte general que pueden afectar al terrorismo, el legislador introdujo en 2010 la medida de seguridad de libertad vigilada, ahora aplicada a delincuentes imputables, incluyó los delitos de terrorismo entre los imprescriptibles (equiparándolos a los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) y determinó nuevas condiciones para el decomiso.

Por último, recientemente entró en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entre otras (muchas) modificaciones, supuso la introducción de la prisión permanente revisable.

Procuraremos ahora analizar los puntos críticos de las Leyes Orgánicas 7/2003, 5/2010 y 1/2015 en lo relativo a las consecuencias jurídicas previstas para los delincuentes terroristas, mencionando los aspectos cuya constitucionalidad y eficacia resultan, en nuestra opinión, cuestionables.

1. Límite máximo de cumplimiento

Problema bastante común en el Derecho penal, la determinación de la pena en casos de concurso de delitos conlleva, muchas veces, la necesidad de aplicación de ficciones jurídicas para que la respuesta penal sea proporcionada a la gravedad del hecho. En concreto, en el caso de concurso real, su propia naturaleza conduce a la aplicación acumulada de penas, una vez que cada acción u omisión realizada –si no constituyen delito continuado o masa– representa un delito independiente, con una pena determinada, la cual en principio debe ser sumada a las demás, aritméticamente (art. 73 Cp).

Sin embargo, con esta suma aritmética en muchos casos la pena a cumplir

⁹⁰⁸ Además, respecto de los delitos de terrorismo, la LO 5/2010 suprimió la expresión “bandas armadas” de los arts. 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580, sustituyó en los arts. 76 y 93 la antigua referencia a los “delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II”, por “delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II” e introdujo en los arts. 78, 90 y 91 la expresión “delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales”.

podría resultar desproporcionada a la gravedad del delito o incluso ser suficientemente larga como para convertir en imposible su cumplimiento, teniendo en cuenta las expectativas de vida del individuo⁹⁰⁹, lo que alejaría el sentido resocializador de la condena⁹¹⁰.

Con el propósito de evitar problemas de ese orden, el legislador de 1995 estableció, como una regla favorable al condenado, que en caso de concurso real la pena a cumplir no podría exceder del triplo de la más grave de las impuestas o del cumplimiento máximo de 20 años⁹¹¹, aunque fuera posible excepcionalmente la aplicación de los límites máximos de 25 años (“cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años”)⁹¹² o de 30 años (“cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años”)⁹¹³.

Estos límites fueron modificados, sin embargo, por la LO 7/2003, de 30 de junio, en la cual el legislador asumió abiertamente el fin incapacitador de la punición al establecer nuevos y más severos límites máximos de cumplimiento de la pena para delitos cometidos en concurso real, aplicados para cuatro posibilidades distintas, a saber (art. 76.1):

- a) 25 años, en los casos en que el sujeto fuera condenado por dos o más delitos, en concurso real, estando por lo menos uno de ellos castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años;
- b) 30 años, en los casos en que el sujeto fuera condenado por dos o más delitos, en concurso real, estando por lo menos uno de ellos castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años;

⁹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 501.

⁹¹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (Coord.), MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena/ RAMOS TAPIA, María Inmaculada/ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 201.

⁹¹¹ De acuerdo con la redacción original del art. 76.1 Cp. En la legislación anterior al Código penal de 1995 ya existía una regla penológica similar, pero no será objeto de nuestro análisis, dado que nuestro propósito es analizar los cambios que introdujo la LO 7/2003 respecto a la regulación vigente inmediatamente antes de su entrada en vigor.

⁹¹² De acuerdo con la redacción original del art. 76.1.a Cp. 1995.

⁹¹³ De acuerdo con la redacción original del art. 76.1.b Cp. 1995.

- c) **40 años**, en los casos en que el sujeto fuera condenado por dos o más delitos, en concurso real, estando por lo menos dos de ellos castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años;
- d) **40 años**, en los casos en que el sujeto fuera condenado por dos o más delitos de **terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código**, en concurso real, estando por lo menos uno de ellos castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años⁹¹⁴.

La regulación introducida en 2003 se reformó por la LO 5/2010 en lo relativo al art. 76.1.d Cp., que pasó a ser redactado de la siguiente forma: “De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más **delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código** y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”. Como puede verse, con esta reforma el legislador se limitaba sin embargo a adecuar la redacción a las modificaciones de la parte especial, pero sin afectar al contenido de los límites de la pena en el concurso real.

En la redacción vigente desde 2003 se puede observar que las condiciones previstas en las letras b y d del art. 76.1 son semejantes, en la medida en que ambos se refieren al caso en que un sujeto fuera condenado por dos o más delitos, en concurso real, estando por lo menos uno de ellos castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años; la única diferencia entre ambos supuestos, en base a la cual el límite es, respectivamente, de 30 o de 40 años, es el delito cometido, que en la letra d debe estar relacionado con organizaciones y grupos terroristas o con delitos de terrorismo, lo que evidencia el interés del legislador en castigar con más

⁹¹⁴ “Esta disposición apunta ya con claridad algunas tendencias básicas de la reforma, que se plasman, con mayor o menor intensidad, en el conjunto de sus disposiciones. En primer lugar, se evidencia la orientación neutralizadora de la modificación, tanto como su sesgo populista, de *justicia expresiva*, pero no por ello menos real. Otro de los rasgos caracterizadores comunes es el establecimiento de una diferenciación entre un régimen general –dentro de la excepcionalidad– y un régimen particular, pensado para infractores que cometan delitos de terrorismo”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007p. 99 (la cursiva pertenece al original). En cualquier caso, es importante mencionar que las demás reglas referentes al cumplimiento máximo no se modificaron, de forma que será aplicado lo que fuere más favorable al condenado: la suma de las penas impuestas, el límite máximo descrito anteriormente o el triplo de la pena más alta.

severidad específicamente a esta clase de delincuentes. Este tratamiento diferenciado supone una equiparación del tratamiento legal de los casos de las letras c (condenados por dos o más delitos, estando por lo menos *dos* de ellos castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años) y d (condenados por dos o más delitos relacionados con *terrorismo*, estando por lo menos *uno* de ellos castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años), dado que el límite máximo de cumplimiento de la pena para esos dos casos es de 40 años.

El artículo 76.1 ha sido reformado de nuevo recientemente por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el sentido de establecer los límites máximos de cumplimiento para los casos en que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, pena introducida también por la reforma de 2015⁹¹⁵. De los cambios en el art. 76.1 en este ámbito nos ocuparemos más adelante, cuando analicemos la pena de prisión permanente (apartado A.4).

2. Acceso al tercer grado

La LO 7/2003 introdujo, por otra parte, dos clases de modificaciones en materia de acceso al tercer grado. De un lado, estableciendo para determinados delitos un periodo mínimo de cumplimiento para poder acceder al tercer grado (el llamado periodo de seguridad, que volvió a modificarse por la LO 5/2010); de otro, endureciendo los requisitos a cumplir para obtener tal clasificación.

Hasta la reforma de 2003, el régimen general de cumplimiento de la pena preveía un flexible sistema progresivo, aplicado en conjunto con la individualización científica del tratamiento. De esta forma, la ejecución estaba condicionada a diversos criterios subjetivos, y algunos objetivos que buscaban y facilitaban la resocialización, dado que la ejecución tenía en cuenta las circunstancias personales de cada condenado⁹¹⁶. Desde esta perspectiva, como observa FUENTES OSORIO, los

⁹¹⁵ Conforme al art. 76.1.e Cp., introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁹¹⁶ “Esta modalidad supone la superación del rígido sistema progresivo clásico a través de la reducción del número y relevancia de los requisitos objetivos y la concentración en los elementos subjetivos del interno. Se obtiene así un sistema más flexible que, con un prioritario fin resocializador, atiende como principal criterio a las circunstancias personales para precisar un programa individual de tratamiento;

criterios relativos a los que nos hemos referido, comprometidos con la prevención especial positiva, entraban lógicamente en contradicción con los fines retribucionistas y de prevención general. Y es justo por la creciente influencia de estos últimos por lo que se han venido a establecer límites a la individualización y a la liberación temprana del condenado a prisión⁹¹⁷.

Con la LO 7/2003, el legislador, con el supuesto objetivo de luchar de forma más contundente contra un determinado perfil de criminalidad⁹¹⁸, introdujo, como ya hemos dicho, el “periodo de seguridad” para los casos en que la pena impuesta fuese superior a 5 años⁹¹⁹. En la versión del art. 36 introducida por la LO 7/2003, ello significaba la imposibilidad de acceder al tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta, aunque se determinaba que, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, el juez de vigilancia podría decretar la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo que se tratara de delitos de terrorismo⁹²⁰.

La severidad de la reforma fue revisada y, en cierta forma, suavizada a través de la LO 5/2010, que convirtió en facultativa y revisable la aplicación del

para determinar su clasificación inicial en un grado, su paso a otro superior o inferior (cada uno de los cuales tiene un régimen diferente) y su destino al tipo de establecimiento más adecuado al grado previsto”. FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP”, en *InDret*, nº. 1, 2011, p. 3.

⁹¹⁷ “Ahora bien, este planteamiento de marcado carácter preventivo-especial se enfrenta a una crítica: la disminución del período de cumplimiento de la pena de prisión impuesta como efectiva privación de libertad se opone a necesidades preventivo-generales [...] y retribucionistas”. FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 126.

⁹¹⁸ Aunque en la Exposición de Motivos el legislador demuestre el interés por controlar las “formas de delincuencia más graves”, lo que incluye expresamente el crimen organizado, estamos de acuerdo con la doctrina en que la LO 7/2003 parece dedicada principalmente a la represión de delitos de terrorismo. En ese sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, 2004, p. 92; FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 334; LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, p. 3.

⁹¹⁹ Lo que significa que, en caso de delitos castigados con penas inferiores a 5 años, aunque estén relacionados de alguna forma con el terrorismo, no cabe aplicar el periodo de seguridad.

⁹²⁰ En el apartado II de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, el legislador defendía: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”. Y añadía en el apartado III: “En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida”.

período de seguridad, eso sí, con excepción de los casos de terrorismo o referentes a organizaciones o grupos terroristas, de criminalidad organizada y de delitos sexuales con víctimas menores de 13 años (art. 36.2.II Cp.). Para estos casos, claramente considerados excepcionales, el período de seguridad seguía siendo obligatorio (si se trataba de penas de prisión superiores a 5 años), modificándose el régimen general de cumplimiento de la pena y estableciéndose una barrera para alcanzar el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Según esto, la recuperación de la posibilidad de aplicación del régimen general en los casos que no estén relacionados con los mencionados delitos excepcionales demuestra una tenue intención del legislador de 2010 de no romper definitivamente con el compromiso constitucional de la resocialización, probablemente porque los delincuentes que pueden resultar beneficiados por esta modificación no tienen una imagen tan negativa como aquéllos respecto de los que el periodo de seguridad se mantiene⁹²¹. Desde nuestro punto de vista, esta diferenciación marca la presencia del Derecho penal del enemigo en la referida legislación, que se evidencia, entre otros aspectos, a través de la nueva redacción dada al art. 36.2 por ambas leyes orgánicas, donde el legislador se concentra en someter a un castigo más severo a determinados sujetos amenazantes, enemigos, castigo que convive con un modelo punitivo más suave dirigido a los ciudadanos.

Para los no ciudadanos (terroristas, delincuentes sexuales, miembros del crimen organizado), la progresión al régimen de semilibertad exige que el condenado haya cumplido, por lo menos, el 50% del total de la pena impuesta, siendo irrelevante a estos efectos el posible éxito del tratamiento. En efecto, tanto si el condenado ha alcanzado alguna evolución en su reeducación o reinserción social, como si no, el beneficio no podrá ser concedido hasta que se alcance el cumplimiento de la mitad de la condena, y ello aunque la permanencia en el grado inferior comprometa los resultados obtenidos, lo que contradice el mandato expreso

⁹²¹ Estamos de acuerdo con GONZÁLEZ TASCÓN, cuando afirma que “[p]odría decirse que en cierta medida con esta modificación el Legislador ha tomado conciencia de que la generalización del período de seguridad sobre la gravedad de la pena exclusivamente dista mucho de la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción social de los condenados, sin mencionar la sobrecarga del sistema con trámites inútiles”. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El período de seguridad”, en Álvarez García, Francisco/ González Cussac, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 93.

de la LOGP respecto a que no se mantenga en un grado inferior a ningún condenado “cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión” (art. 72.4 LOGP)⁹²², además de incumplir la orientación constitucional respecto a la resocialización.

Otra diferencia de tratamiento puede encontrarse en que, respecto de los “ciudadanos”, aunque el juez dentro de su ámbito de decisión haya impuesto periodo de seguridad, se permite en el último párrafo del art. 36.2 la posibilidad de volver al régimen normal si el juez de vigilancia lo considera conveniente. Por el contrario, respecto de los delincuentes para los que el periodo de seguridad es obligatorio, la reversión está expresamente descartada (salvo en el supuesto excepcional que, para cualquier preso enfermo grave y con padecimientos incurables y los septuagenarios, se recoge desde la reforma de 2015 en el apartado 3 del art. 36 Cp., y que permite acceder al tercer grado “por motivos humanitarios y de dignidad personal”⁹²³).

Agravando aún más este escenario, no podemos dejar de mencionar las especialidades que, en los casos de concurso real, si se trata de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas, de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, establece el art. 78 Cp. en la redacción dada tras las reformas de 2003, 2010 y 2015⁹²⁴.

En general, el art. 78 permite al juez o tribunal sentenciador, en todos los casos en que a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76.1 la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, acordar que los

⁹²² ACALE SÁNCHEZ, María, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 360 y 361; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “La Ley Orgánica General Penitenciaria, veinticinco años después”, en *EPC*, nº. 25, 2004, p. 136; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 108.

⁹²³ Sin embargo, aún en esos supuestos es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, lo que puede retrasar o impedir, de alguna forma, la concesión del tercer grado. El referido apartado, además, expresamente hace referencia a la necesidad de valorar especialmente la escasa peligrosidad del condenado.

⁹²⁴ Las modificaciones importantes en el contenido del art. 78 se introdujeron, como veremos, en las reformas de 2003 y 2015. Por el contrario, la LO 5/2010 se limitó a introducir la expresión “delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales” en vez de la anterior, de “delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales”, en consonancia con los cambios producidos en el Libro II del Código penal.

beneficios penitenciarios, los permisos de salida, *la clasificación en tercer grado* y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias (art. 76.1)⁹²⁵. Ello supondría en los casos de delitos de terrorismo, en los que el periodo de seguridad es obligatorio, la imposibilidad de acceder al tercer grado y por tanto a la libertad condicional⁹²⁶.

Si se adopta este acuerdo, no obstante, es posible aún la reversión al régimen normal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador (art. 76.2). Pero (y aquí estriba la especialidad de estos casos), si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los casos de reversión no cabrá acceder al tercer grado penitenciario hasta que quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. En otras palabras, el periodo de seguridad será en estos supuestos de 4/5 del total de la pena, no de la mitad, y eso en los casos en que haya buen pronóstico.

Por lo demás, llama la atención que, antes de decidir sobre la reversión, el juez de vigilancia debe oír a las partes en el proceso (art. 78.2, párrafo primero). Ello supone dar a las víctimas participación en la ejecución de las penas, momento en que deberían primar exclusivamente las razones de prevención especial⁹²⁷.

⁹²⁵ En la redacción dada por la LO 7/2003, este acuerdo era preceptivo en los casos de los párrafos a), b), c) y d) del art. 76.1 (véase *supra*). Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, su adopción es facultativa en todos los casos.

⁹²⁶ Por definición, si se trata de un caso en que la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (límite de 40 sobre una suma de 100 años, por ejemplo), si el periodo de seguridad se calcula en relación al total de la suma (100 años/2=50 años), siempre se llegará antes al tope de cumplimiento que al periodo de seguridad.

⁹²⁷ Es importante recordar que HASSEMER, ya en 1984, alertaba respecto de la gravedad de la participación más intensa de la víctima en el proceso penal. Según este autor: "A la socialización del interés de la víctima se da paso también en las reacciones sociales a los crímenes terroristas. Y si se convierte en un factor políticamente significativo hace surgir el peligro de que se adopten decisiones políticas criminales desconectadas del objetivo que persiguen: se crean tipos penales nuevos a pesar de que aquellos de que se disponen son suficientes; se elevan las penas al máximo a pesar de que todos los que están bien informados saben que no comportan efecto especial alguno; se recortan en general los derechos de los detenidos y procesados a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido número de sospechosos; se introducen leyes especiales para los terroristas y medidas penitenciarias especiales que ofrecen serios reparos de constitucionalidad". HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, pp. 94 y 95.

Como analizaremos seguidamente, obviamente esta previsión afectará también a las posibilidades de acceso a la libertad condicional, en primer lugar porque ésta solamente es posible si el sujeto está clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario y, en segundo lugar, porque en los casos de los que hablamos ahora el art. 76.2 también establece un mínimo de cumplimiento para acceder a la libertad condicional en los casos de reversión (7 octavas partes) muy superior al que rige para el resto de los supuestos. Dificultad que, en muchos casos, determinará la imposibilidad de alcanzar la semilibertad antes de llegar al límite de cumplimiento máximo de la pena.

Las exigencias contenidas en el art. 78 Cp. complican innecesariamente la comprensión respecto al tiempo necesario de prisión efectiva para los condenados a delitos graves e imponen exigencias redundantes para progresar al tercer grado y a la libertad condicional, de lo que parece deducirse una superposición intencional de las mismas, con el fin de cerrar todas las posibilidades de acceso a la libertad por parte de esos individuos.

Entre estas exigencias adicionales para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, desde la reforma de 2003 se exigen lo que la doctrina críticamente denomina “aspectos moralizantes” de la condena⁹²⁸: según el apartado 6 del art. 72 LOGP, se requiere para estos delincuentes “enemigos” que “muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades”, lo que podrá acreditarse, entre otras formas, mediante una “declaración expresa de repudio a las actividades terroristas” o la “petición de perdón a la víctima”⁹²⁹. Y los mismos requisitos se exigen de nuevo en el art. 90.8 Cp. para acceder a la libertad condicional⁹³⁰.

⁹²⁸ A favor de estos requisitos adicionales se ha manifestado sin embargo algún autor, como FUENTES OSORIO: “Se le reprocha a esta exigencia que supone la introducción de aspectos moralizantes. Se podría contestar a esta crítica que esta medida es un criterio esencial para valorar la peligrosidad del terrorista y su grado de resocialización: resulta evidente que cuando el miembro de la organización terrorista haya abandonado esos fines y manifestado su intención de aceptar los medios democráticos y pacíficos de solución de cualquier diferencia política, ya no será peligroso, estará «resocializado»”. FUENTES OSORIO, Juan Luis, en *InDret*, 2011, p. 6.

⁹²⁹ Según el apartado 6 del art. 72 LOGP, la clasificación en tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, si se trata de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, “que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la

Todo ello además del requisito de que haya sido satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito⁹³¹. En términos prácticos, ello se refiere a la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales que su delito provocó (art. 110 Cp.)⁹³². A pesar de tratarse de un requisito general para el acceso al tercer grado, aplicable en todos los casos (art. 72.5 LOGP), se reitera específicamente para los supuestos de delitos de terrorismo o de criminalidad organizada (art. 72.6 LOGP)⁹³³.

De las muchas dificultades para el acceso al tercer grado y la libertad condicional de aquéllos considerados terroristas, se puede deducir la intención del legislador de reducir la discrecionalidad judicial para tener en cuenta la evolución del penado en la progresión en grado de unos sujetos a los que se considera especialmente peligrosos y a los que se quiere neutralizar.

banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

⁹³⁰ Las mismas exigencias, entre otras, son necesarias según el art. 92.2 Cp. tras la LO 1/2015 para que el tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

⁹³¹ Según el apartado 5 del art. 72 LOGP, la clasificación en tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Las mismas exigencias en cuestión son reiteradas por el art. 90 Cp. para la concesión de la libertad condicional.

⁹³² El art. 72.5 LOGP establece que esta exigencia se aplica singularmente contra aquéllos que hayan cometido: “a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; b) Delitos contra los derechos de los trabajadores; c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”.

⁹³³ Art. 72.6 LOGP: “Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior [...]”. Para BRANDARIZ GARCÍA, el legislador puede haber encontrado, a través del argumento de la valorización de la víctima, una forma de obstaculizar el acceso al régimen general. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 110.

3. Libertad condicional

Las reformas mencionadas en el apartado anterior modificaron también las condiciones para el acceso a la libertad condicional, etapa de la ejecución que permite al condenado el alcance de una libertad limitada, siempre que respete determinadas reglas de conducta, establecidas por el juez de vigilancia, bajo la amenaza del retorno al régimen anterior⁹³⁴.

Teniendo en cuenta el carácter criminógeno de la prisión y la necesidad de que el individuo abandone el aislamiento progresivamente, la libertad condicional pretende reducir el tiempo de permanencia dentro del establecimiento penitenciario, mientras acompaña, orienta y fiscaliza el comportamiento del sujeto en el retorno a la convivencia, lo que facilita el proceso de reinserción⁹³⁵.

En el régimen general, los requisitos para el acceso a la libertad condicional (que desde la LO 1/2015 se configura como una suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión) son los siguientes:

1. Estar clasificado en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
2. Tener cumplidas tres cuartas partes de la pena impuesta.
3. Haber observado buena conducta durante el período de encarcelamiento.

En relación al segundo requisito, es preciso tener en cuenta sin embargo que el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena no se aplica en todos los casos, dado que la legislación prevé los siguientes casos excepcionales:

a) Será suficiente para acceder a la libertad condicional el cumplimiento de dos tercios de la pena en el caso en que el condenado, durante el período de ejecución, haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa (art. 90.2 Cp.), *siempre que no haya*

⁹³⁴ Como señala MAPELLI CAFFARENA, es “[u]n modelo de *libertad a prueba*”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 192.

⁹³⁵ “Con ella [con la libertad condicional] se pone una vez más de manifiesto la poca confianza que el legislador tiene en que con la prisión pueda alcanzarse algún objetivo resocializador. A pesar de todo la persona en libertad tiene más posibilidades de reinserirse pacíficamente en la sociedad, que siendo tratado terapéuticamente en la prisión”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 191.

*sido condenado por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8, párrafo 2º)*⁹³⁶.

b) Será suficiente para acceder a la libertad condicional el cumplimiento de la mitad de la condena, excepcionalmente, cuando se trate de penas que no superen los tres años de duración y el reo se encuentre cumpliendo su primera condena de prisión, si ha realizado las actividades que hemos mencionado en el párrafo anterior (art. 90.3), *siempre que no haya sido condenado por la comisión de alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8, párrafo 2º)*.

c) No será necesario un cumplimiento mínimo para el acceso a la libertad condicional en el caso de septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 91 Cp.)⁹³⁷.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, como hemos visto en el apartado anterior, en los casos de concurso real de delitos, cuando por aplicación del art. 76 la pena a cumplir sea inferior a la mitad de la suma de las impuestas, el juez puede decretar que los plazos de la libertad condicional (y de los demás beneficios penitenciarios) se computen no en relación al máximo de pena, sino en relación al total de la suma de las penas impuestas. Y si se decreta, en el caso excepcional en que el cumplimiento íntegro se revierta y se vuelva al cómputo sobre el máximo de cumplimiento porque haya buen comportamiento y pronóstico favorable de reinserción social⁹³⁸, en los delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo y cometidos en organizaciones criminales no bastaría con

⁹³⁶ Al respecto, tiene razón MAPELLI CAFARENA cuando señala: “Excluír, sin excepciones a ciertos condenados del acceso a estos beneficios en razón del delito cometido vulnera el mandato constitucional del art. 25.2 CE en el que se reconoce el derecho de todos los condenados a acceder a ellos, además contradice sus propios postulados, que reconocen, sin exclusiones, el derecho de toda persona a una incorporación pacífica en la comunidad jurídica por muy abyecto que haya sido su crimen”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 199.

⁹³⁷ En efecto, tras la LO 1/2015, y de manera similar a lo que ocurría en el acceso excepcional al tercer grado previsto en el art. 36.3, se prevé ahora en el art. 91.1 la posibilidad de conceder la libertad condicional a septuagenarios y enfermos muy graves con padecimientos incurables, si su condición queda acreditada por informes médicos y si a criterio del juez de vigilancia penitenciaria se considera necesario.

⁹³⁸ Art. 78.2 Cp.: “...el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

haber cumplido tres cuartas partes de la condena para acceder a la libertad condicional, sino que se aumentaría el requisito temporal hasta 7/8 de la pena a cumplir (art. 78.2, segundo párrafo, b).

De acuerdo con las nuevas reglas de 2015, si se dan sus requisitos, para resolver sobre la libertad condicional el juez de vigilancia penitenciaria habrá de valorar tanto la personalidad del sujeto y sus antecedentes como las circunstancias del delito cometido, los bienes jurídicos que podrían venir a ser lesionados en caso de reincidencia, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, así como las consecuencias de la suspensión de la penas que se puedan esperar (art. 90.1 Cp., párrafo segundo). Al respecto, tienen razón MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN cuando destacan que, frente a la anterior valoración preferente del “pronóstico de reinserción social”, ahora los elementos a valorar ya no se relacionan sólo con criterios relativos a los resultados del tratamiento penitenciario, sino también con condiciones ajenas al sujeto, como sus circunstancias familiares y sociales⁹³⁹.

Por otro lado, tratándose de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, desde la LO 7/2003 existen unos específicos requisitos para la concesión de la libertad condicional, referidos a que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y a que haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, requisitos que ya vimos se exigían también para el acceso al tercer

⁹³⁹ “Tal valoración de conjunto se correspondía en la regulación anterior a 2015 con la valoración de un *pronóstico favorable de reinserción social* que es lo coherente con la función de esta figura. En tal sentido deben valorarse los datos ajenos a la evolución del condenado que incorpora la regulación vigente, como son las circunstancias del delito cometido o las circunstancias familiares y sociales, que basada exclusivamente en el pronóstico de nuevos delitos que preside esta figura”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 626 (la cursiva pertenece al original).

grado⁹⁴⁰. Esto podrá acreditarse, como ya vimos, mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades (art. 90.8, párrafo primero).

Por otra parte, el párrafo tercero del art. 90.1 Cp. establece que no se concederá la libertad condicional si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 LOGP, lo cual también era un requisito para acceder al tercer grado.

Este requisito, sin embargo, referido a todos los delitos, permite, como ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, su aplicación a aquellos sujetos empobrecidos cuya condición les impida hacer frente al pago. Llevar esto al extremo, autorizando sólo la excarcelación de los condenados solventes, no sólo sería discriminatorio, sino que además no tendría sentido, pues significaría mirar al pasado para determinar el pronóstico de reinserción social, relacionado con el futuro⁹⁴¹.

Para evitar estos inconvenientes, y teniendo en cuenta que la libertad condicional se configura tras la reforma de 2015 como una forma de suspensión de la pena, habrá que entender aplicable lo dispuesto en el art. 80.2.3º, que entiende a efectos de suspensión que el requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil se entenderá cumplido “cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las

⁹⁴⁰ En este sentido, tiene razón LLOBET ANGLÍ cuando señala: “[...] si para acceder al tercer grado penitenciario el condenado debe haber abandonado la actividad terrorista y colaborado activamente con las autoridades, y para acceder a la libertad condicional uno de los requisitos es encontrarse en el tercer grado de tratamiento penitenciario, resulta absurdo que vuelva a exigirse el requisito del abandono y la colaboración, al ser éste presupuesto de la concesión del tercer grado”. LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *Indret*, 2007, p. 17.

⁹⁴¹ “La pretensión parece ser compeler a los condenados solventes, que se han enriquecido con sus delitos, a resarcir a los perjudicados, pero para atender ese caso concreto, se introduce una regla general por la que los reos insolventes -que son la mayoría- no pueden obtener la libertad condicional porque, además, en prisión, no pueden incrementar su patrimonio. El trato discriminatorio del condenado insolvente no tendría fundamento razonable si se entendiera la satisfacción de la responsabilidad civil como la liquidación plena de una obligación previa. Y ello porque el pago de dicha obligación es una cuestión distinta del pronóstico futuro que valora las posibilidades de reinserción social en el que se basa la libertad condicional”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 626.

responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine”, pudiendo el juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

En lo que se refiere a la duración, hasta la reforma de 2015 la libertad condicional se mantenía el tiempo equivalente a lo que quedara hasta el cumplimiento de la condena en su totalidad, pudiendo la misma ser revocada en los casos en que el condenado reincidiera o incumpliera las reglas de conducta impuestas. Tras la reforma, sin embargo, la libertad condicional se concibe como un periodo de suspensión de la ejecución del resto de la pena que en principio puede durar de dos a cinco años, aunque se prevé expresamente que no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento (art. 90.5, párrafo 4º).

También han sufrido modificaciones tanto las causas como las consecuencias de la revocación de la libertad condicional. Respecto a lo primero, hasta la reforma de 2015 sólo eran causas de revocación la comisión de un delito o la inobservancia de las reglas de conducta impuestas. Sin embargo, con la nueva redacción los criterios para la revocación de la libertad condicional, ahora comprendida como una suspensión de la condena, se han vuelto más subjetivos, pues lo que se prevé ahora, en el párrafo 3º del art. 90.5, es que ha de revocarse también la suspensión cuando se ponga de manifiesto “un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”.

En cuanto a las consecuencias de la revocación, en la versión original del Código penal de 1995, teniendo en cuenta que la libertad condicional se configuraba como una forma de *cumplimiento* de la pena de prisión, la revocación no suponía la pérdida del tiempo transcurrido en libertad. La LO 7/2003 introdujo sin embargo un cambio sorprendente, estableciendo unas consecuencias diferentes para ciertos delitos: en el caso de condenados por delitos de terrorismo, el tiempo transcurrido durante la libertad condicional (que es pena de hecho, no libertad, aunque se realice fuera del sistema carcelario), era ignorado, como si no hubiera pasado ni un solo día del total de la pena, debiendo el sujeto volver al régimen anterior para cumplir el

total de la pena impuesta, sin descontarse el periodo pasado en libertad condicional⁹⁴².

El legislador de 2015, por su parte, decidió solucionar esta distorsión, pero para peor, transformando la naturaleza de este instituto, que deja de ser la última etapa de la ejecución de la pena y pasa a considerarse como suspensión de la ejecución. Y, en consecuencia, establece ahora que, *para todos los supuestos*, la revocación de la libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento, sin que se compute el tiempo transcurrido en libertad condicional como tiempo de cumplimiento de la condena (art. 90.6 Cp.).

Con esta modificación, lo que hace la reforma es extender a todos los sujetos, y no sólo a los condenados por delitos de terrorismo, la posibilidad de prolongar el tránsito hacia el cumplimiento definitivo de las consecuencias jurídicas del hecho realizado.

Estamos de acuerdo con MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN cuando se manifiestan respecto al evidente fin retributivo presente en la nueva modalidad de libertad condicional⁹⁴³. Sin embargo, es posible que el legislador no haya querido sólo hacer más intensa la condena o evitar repercusiones negativas frente a la puesta en libertad de determinados sujetos peligrosos, sino también utilizar la vuelta a la cárcel sin descuento del tiempo pasado en libertad condicional como un método de intimidación contra aquellos sujetos que podrían considerar la quiebra de las reglas de cumplimiento.

⁹⁴² Según los apartados 2 y 3 del art. 93, en la redacción que introdujo la LO 7/2003: “2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”.

⁹⁴³ “Esta trascendental modificación supone relegar la histórica orientación preventivo-especial de la institución en beneficio de las exigencias retributivas que consideran que la pena cumplida en libertad no es suficientemente aflictiva”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, pp. 625-626.

4. Prisión permanente revisable

Seguramente el punto más crítico de las últimas reformas del Código penal relativas a la pena viene con la prisión permanente revisable, la intervención penal más extrema del sistema punitivo español.

Como ya hemos visto, la orientación político-criminal al aumento de la severidad de las penas venía ya enraizándose en la legislación desde LO 7/2003, por medio de la cual la duración máxima de las penas en caso de concurso real de delitos y todas las barreras impuestas en el sentido de dificultar el acceso a la libertad de algunos específicos sectores de la criminalidad llevaban a la doctrina a percibir la presencia velada de la cadena perpetua. De todas formas, y a pesar de todas las críticas proferidas por más de una década acerca del exceso punitivo y de los perjuicios, tanto para el encarcelado, como para la sociedad, resultantes de las penas extremadamente largas, en 2015 se ha incluido finalmente en el catálogo de penas la de prisión permanente revisable.

En lo que se refiere a los delitos de terrorismo, la prisión permanente revisable debe ser impuesta obligatoriamente en los casos en los que se cause la muerte de una persona⁹⁴⁴. Una vez impuesta, la pena empieza a cumplirse, sin que sea posible saber con antelación si el sujeto recuperará o no la libertad en algún momento, posibilidad que no está completamente excluida (“revisable”), como tampoco lo están ni los permisos de salida (1), ni el acceso al tercer grado (2) ni a la libertad condicional (3):

1. En efecto, el art. 36.1.III prevé la posibilidad de que el condenado disfrute de permisos de salida cuando haya cumplido un mínimo de 8 años de prisión, que se convierten en 12 años en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del código penal (“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”).

2. Por su parte, también cabe el acceso del condenado al tercer grado, que deberá ser autorizado por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable

⁹⁴⁴ Aunque en la redacción del art. 573 bis.1.1ª Cp. introducida por la LO 2/2015 deliberadamente (para conseguir el apoyo del PSOE al proyecto de ley) no se menciona expresamente la prisión permanente revisable, es evidente que se aplica, ya que la pena impuesta en caso de que se cause la muerte de una persona mediante un delito terrorista es “la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”.

de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y que no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva, que se convierten en 20 años de prisión efectiva en el caso de delitos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II (art. 36.1.II).

Sin embargo, los plazos mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado aumentan en caso de concurso de delitos. Y de nuevo se establecen dos regímenes diferentes. Como regla general, el sujeto deberá haber cumplido (art. 78 bis.1 Cp.):

- a) 18 años de prisión, cuando el sujeto haya sido condenado por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y la suma de las demás penas impuestas exceda de 5 años;
- b) 20 años de prisión, cuando el sujeto haya sido condenado por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y la suma de las demás penas impuestas exceda de 15 años;
- c) 25 años de prisión, cuando el sujeto haya sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con pena de prisión permanente revisable o cuando uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y las demás penas impuestas sumen 25 años o más.

Pero si el sujeto ha sido condenado por delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas o delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se agravan las ya suficientemente duras condiciones para acceder a la semilibertad. En este caso, según el art. 78 bis.3 será preciso que el penado haya extinguido un mínimo de:

- a) 24 años de prisión, cuando el sujeto haya sido condenado por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y la suma de las demás penas impuestas exceda de 5 años;
- b) 32 años de prisión, cuando el sujeto haya sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con pena de prisión permanente revisable o cuando uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y las demás penas impuestas sumen 25

años o más.

3. Por lo que respecta a las posibilidades de acceder al régimen de suspensión de la ejecución del resto de la pena (libertad condicional), según el art. 92.1, requerirá en principio que el penado haya cumplido 25 años de su condena, que se encuentre clasificado en tercer grado, y que el tribunal, “a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”⁹⁴⁵.

Sin embargo, si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del código penal se exige además que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de

⁹⁴⁵ Estas exigencias incorporan tantas subjetividades que obviamente sólo servirán para restringir todo el tiempo posible la liberación del individuo. Además, como observa DEL CARPIO DELGADO: “No hay que perder de vista que, a pesar del cumplimiento de los presupuestos temporales, será la valoración de los juicios de peligrosidad o de los pronósticos de reinserción lo que determinará el destino de estas personas. Porque si el Juez o Tribunal considera que no existe tal pronóstico favorable de reinserción social, al no preverse un plazo máximo de cumplimiento, la ejecución de la prisión permanente sólo terminará con la muerte del condenado a ella y es éste uno de los aspectos por lo que es contraria a la Constitución”. DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal (1)”, en *DLL*, nº. 8004, 2013, p. 24.

perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades (art. 92.2).

El acceso a la libertad condicional tiene un régimen parcialmente diferente en el caso de concurso real de delitos (art. 78 bis.2), exigiéndose entonces para la suspensión de la ejecución del resto de la pena que el penado haya extinguido un mínimo de:

- a) 25 años de prisión, en los casos de las letras a y b del art. 78 bis.1;
- b) 30 años de prisión, en los casos de la letra c del art. 78 bis.1.

Pero si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para la suspensión de la ejecución del resto de la pena serán de (art. 78 bis.3.II):

- a) 28 años de prisión, en los casos de las letras a y b del art. 78 bis.1;
- b) 35 años de prisión, en los casos de la letra c del art. 78 bis.1 (aunque el precepto se refiere a la letra b, habrá que entender que se trata de un error material).

Observando este complejísimo sistema, lo único que queda claro es que el acceso al tercer grado o a la libertad condicional se obstaculiza aún más en el caso de la prisión permanente revisable estableciendo unos requisitos adicionales y unos cumplimientos mínimos que nada tienen que ver con la evolución del sujeto o el posible éxito del tratamiento, elementos que, aunque deben tenerse en cuenta, no bastan por sí solos para suavizar el régimen del condenado. La pena de prisión permanente revisable surge así como una condición agravante, pues una vez impuesta conlleva un régimen de condena demasiado lejano de las posibilidades reales de puesta en libertad.

Por todo ello quizá quepa deducir que la prisión permanente revisable representa una verdadera ruptura con el compromiso de la recuperación o de la no desocialización del sujeto a favor de la imposición de un castigo meramente

incapacitador y restrictivo de la libertad. Tantas barreras al acceso a la libertad sólo pueden explicarse por una falta absoluta de interés en relación a los efectos que tendrá para el condenado una condena tan larga, probablemente porque no se espera que pueda salir de la cárcel con vida o con salud suficiente para volver a ejercer algún papel con una mínima relevancia para la sociedad.

En la prisión permanente están presentes la mayoría de los problemas comentados hasta ahora en relación a la nueva racionalidad legislativa, por lo que son reproducibles aquí todas las críticas que ya hemos realizado al respecto. Sin embargo, tras el análisis de su regulación cabe añadir aquí problemas nuevos, derivados del hecho de que la cadena perpetua infringe en nuestra opinión directamente la Constitución⁹⁴⁶, aunque el legislador haya intentado anticiparse a las críticas y haya tratado de argumentar que su carácter de “revisable” la convertiría en un castigo que cumple con los criterios resocializadores⁹⁴⁷.

Sin embargo, como pone de manifiesto ÁLVAREZ GARCÍA, a pesar de los eventuales beneficios de prevención general que se le pudieran llegar a atribuir, la prisión permanente no parece éticamente sostenible. Según este autor, el Estado trata, con este exceso de intervención, de reducir al sujeto a una cosa y de desprenderle de las características que le convierten en una persona, pues el encerramiento definitivo ignora las posibilidades de transformación y de arrepentimiento que pueden venir del propio desarrollo personal del individuo, le quita la dignidad y le somete por entero y definitivamente a la intervención estatal⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Conforme el art. 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

⁹⁴⁷ “La constitucionalidad de esta medida se ha defendido alegando su carácter revisable, pero es esta una tesis con la que no puedo estar de acuerdo: quienes hoy defienden la prisión permanente revisable no pueden defender en serio al mismo tiempo la idea de la reinserción social como fin de la pena; o, al menos, no para todos los condenados”. JUANATEY DORADO, Carmen, “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *ADPCP*, T. 65, F. 1, 2012, p. 132.

⁹⁴⁸ “No es el arrojar a un ciudadano -por grave que haya sido en crimen cometido- a una cárcel de por vida: es lo mismo que desnudarle de todos los atributos que corresponden a una persona declararle «no persona», una perspectiva totalitaria absolutamente incompatible, por tanto, con un Estado democrático. No hay, pues, prisión permanente buena y prisión permanente mala, hay únicamente prisión permanente, cadena perpetua, y ésta implica la negación de la persona en lo que es su principal atributo: su dignidad”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *Eunomia*, 2014, p. 46.

Intentando justificar la reforma en este ámbito, la LO 1/2015, de 30 de marzo, transfiere a la sociedad la responsabilidad por la introducción de la cadena perpetua en el catálogo punitivo, se refiere a la actual falta de confianza en el poder judicial y alude a la necesidad de que se prevean castigos que puedan ser entendidos como justos por el ciudadano, presumiendo que sólo las puniciones extremas satisfarán sus afanes punitivos, lo que no parece ser cierto⁹⁴⁹. Y aunque ya desde 2003 el legislador venga sosteniendo el argumento de que hay sujetos que precisan ser alejados, ignora el hecho de que, si las medidas punitivas anteriores no hubieran sido suficientemente eficientes, los índices de criminalidad no se habrían mantenido estables, como parece ser lo que sucede. Así que, si las tasas de violencia no han crecido, no tiene mucho sentido intentar justificar el protagonismo de la intensidad de la respuesta penal⁹⁵⁰.

Por otro lado, si observamos los sectores de la criminalidad que han sido objeto de atención preferente en cuanto al aumento de la severidad en la respuesta penal en la LO 7/2003 (delitos de terrorismo y procedentes del crimen organizado), la LO 5/2010 (delitos de terrorismo y cometidos en el seno de una organización o grupo criminal y delitos sexuales, entre otros) y las LO 1/2015 y 2/2015 (asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros, delitos de terrorismo y supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad), llama la atención que el legislador no parece sostener una opinión estable con respecto a los sujetos que necesitan ser reprimidos más intensamente por el Estado, con excepción de los delitos de terrorismo, elegidos como los más indeseables⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Según el apartado I del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo: “La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”.

⁹⁵⁰ En ese sentido, comenta JUANATEY DORADO: “La situación que parecen mostrar los trabajos sobre la materia es que ni se ha producido ese aumento de la criminalidad, ni esta tendencia expansionista del Derecho penal parece deberse a un estudio de expertos que haya mostrado que una política criminal de mano dura es la mejor solución para resolver los problemas de delincuencia que puede haber hoy en España”. JUANATEY DORADO, Carmen, en *ADPCP*, 2012, p. 130.

⁹⁵¹ Según el apartado II del Preámbulo de la LO 1/2015: “La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes

Volviendo a la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prisión permanente, cabe señalar que el propio legislador admite el carácter indeterminado de la condena, lo que nos hace recordar los tiempos ya superados en que se utilizaba el argumento de la necesidad de resocialización para justificar la imposición de penas cuyo carácter temporal estaba condicionado a la consecución de determinados niveles de transformación personal que se esperaban poder alcanzar⁹⁵². Ese modelo, como ya hemos mencionado en el capítulo segundo, fue abandonado debido a los obvios riesgos de derivar en la imposición de castigos inhumanos, supuestamente con fines moralmente positivos.

De otro lado, aunque el legislador afirme que la pena de prisión permanente responde al fin resocializador⁹⁵³, en nada se orienta a éste. Una restricción de la libertad que prácticamente imposibilita el retorno al medio social, además de constituir una pena degradante, está completamente alejada de la reinserción⁹⁵⁴ y es precisamente éste el principal punto de conflicto entre la referida ley y la Constitución: la lesión a la dignidad del condenado, el trato degradante y la imposibilidad fáctica de orientar la pena a la resocialización⁹⁵⁵. La

de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad— en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos”.

⁹⁵² Por ello, se manifiesta críticamente JUANATEY DORADO: “[...] la introducción de la prisión permanente «revisable» supone la aceptación de un sistema de sentencia indeterminada que rompe uno de los pilares básicos sobre los que debe asentarse, en mi opinión, un modelo orientado hacia la reinserción social”. JUANATEY DORADO, Carmen, en *ADPCP*, 2012, p. 142.

⁹⁵³ Según el apartado II del Preámbulo de la LO 1/2015: “La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”.

⁹⁵⁴ “Lo que hace más tolerable y menos alienante la reclusión es la idea de poder volver a la libertad después de un no excesivamente largo o interminable período de tiempo; si se suprime esa idea ya no es posible hablar en serio de reinserción”. JUANATEY DORADO, Carmen, en *ADPCP*, 2012, p. 150.

⁹⁵⁵ En ese sentido, sostienen la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable, entre otros, RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013”, en *RDPC*, nº. Extra 1, 2013, p. 184; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca/ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP)”, en Álvarez García, Francisco Javier (Dir.), Dopico Gómez-Aller, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de profesores de Derecho penal «Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 203; ACALE SÁNCHEZ, María,

inconstitucionalidad de esta pena podría venir, además, por otra vía, en la medida en que, como sostiene RÍOS MARTÍN, la indeterminación del castigo infringe el principio de legalidad, recogido en el art. 25.1 CE, que exige que las prohibiciones y sus consecuencias hayan sido claramente determinadas por la legislación antes de la comisión del hecho⁹⁵⁶. En el mismo sentido se manifiestan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, quienes señalan la inconstitucionalidad por cuestiones de seguridad jurídica, es decir, por la imposibilidad de que el condenado conozca la duración de la restricción de la libertad con antelación, sometiéndose a discrecionalidad judicial a ese respecto⁹⁵⁷.

Ante esta realidad, por más que el legislador trate de argumentar a favor de sus buenas intenciones, al observar la regulación de la prisión permanente no se puede ignorar que ésta forma parte de una estructura punitiva planeada para apartar definitivamente al condenado del medio social, así que para llegar al momento de solicitar la “revisión”, muchos criterios imposibles han de haber sido cumplidos. Esto nos permite observar que la demagogia legislativa supera los límites tolerables cuando, argumentándose a favor de la presencia del carácter resocializador en la referida condena e intentando compatibilizarla con la orientación internacional, se afirma que la prisión permanente revisable es un “modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar

“Prisión permanente revisable: Arts. 36.3 y 4, 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la parte Especial”, en Álvarez García, Francisco Javier (Dir.), Dopico Gómez-Aller, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de profesores de Derecho penal «Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 187.

⁹⁵⁶ “La indeterminación de la cadena perpetua revisable atenta contra el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE. Éste exige que las penas se encuentren perfectamente determinadas en su forma de cumplimiento y extensión en el Código penal. [...] La imprevisibilidad del contenido temporal de la pena priva (sic) de libertad que se genera con la incertidumbre de las posibles salidas - permisos, régimen abierto, suspensión de la condena- confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, confieren a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal enfrentado a la dignidad humana; estas razones son suficientes para deslegitimarla”. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, en *RDPC*, 2013, pp. 187 y 188.

⁹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 550.

satisfacción al artículo 3 del Convenio”⁹⁵⁸. Y ello porque se está omitiendo toda referencia a las numerosas dificultades que se han establecido para obstaculizar el acceso a la libertad de determinados segmentos de la criminalidad, haciendo creer que las posibilidades de revisión de la referida condena son algo relativamente loggable⁹⁵⁹.

5. Libertad vigilada

La libertad vigilada, incluida en el catálogo punitivo por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el art. 106 Cp., surge como una de las principales modificaciones introducidas por esta reforma, tanto en lo relativo a las posibles respuestas contra los delitos de terrorismo⁹⁶⁰, como respecto al cambio que supone en la propia naturaleza del sistema de medidas de seguridad.

En efecto, históricamente las medidas aparecen como una consecuencia jurídica para los delitos realizados por sujetos inimputables o semiimputables, que por su propia condición psicológica o cognitiva, en el momento de la comisión del hecho no podían comprender la prohibición estipulada por la norma o la gravedad de su acción y, por lo tanto, no eran susceptibles de ser castigados con una pena proporcional a la culpabilidad.

Partiendo de esa premisa y considerando la necesidad del Estado de actuar frente a potenciales delincuentes con peligro de reincidencia, las medidas se justifican por la necesidad de protección social frente a la amenaza representada por el individuo. Por ello, considerando su orientación hacia el futuro, la prevención especial negativa se añadiría a la prevención especial positiva, es decir ofrecería el

⁹⁵⁸ Apartado II del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁹⁵⁹ “Aunque se establezca que los condenados a prisión perpetua revisable pueden tener acceso al tercer grado o régimen abierto, los requisitos que se exigen en la práctica lo hacen de imposible aplicación: valoración de la gravedad de los delitos, el tiempo de condena que resta hasta la libertad, los permisos de salida disfrutados, la conducta penitenciaria, disponer de una oferta laboral, contar con apoyo social y/o familiar, carecer de variables psicológicas que permitan hacer un juicio de no reincidencia y, todo un acompañado de un férreo control para evitar disfunciones mediáticas”. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, en *RDPC*, 2013, p. 180.

⁹⁶⁰ Aunque en la redacción introducida en 2010 la libertad vigilada era aplicable también a los delitos sexuales.

aseguramiento físico del individuo, combinado con el tratamiento médico o psicológico con fines de rehabilitación⁹⁶¹.

Por su propia naturaleza protectora, las medidas de seguridad se convirtieron en una poderosa arma de control social en favor de los gobiernos autoritarios que, en períodos de crisis, bajo el argumento del “tratamiento”, o de la necesidad de protección social extrema, autorizaron intervenciones sin límites temporales y, en algunos casos, perjudiciales para la integridad física del condenado⁹⁶². Su uso inadecuado contra individuos que presentaban características no siempre asociadas a actividades criminales, sino simplemente consideradas nocivas para el orden social y los valores establecidos por los gobiernos de la época, demostró los riesgos de tales intervenciones. Su imposición en contra de deficientes físicos, enfermos mentales, homosexuales y extranjeros, promovida ostensiblemente por el Estado Nacionalsocialista alemán, evidenció que la aplicación de medidas predelictuales, basadas en la peligrosidad social, terminaría por posibilitar la clasificación de cualquier individuo como “peligroso”⁹⁶³.

También los delincuentes habituales, por considerarse que demostraban un probable retorno a la criminalidad a través de la repetición de sus acciones, terminaron siendo objeto de las medidas en algunos momentos históricos. En estos casos, dicho indicio de peligrosidad se usaba para justificar la sumisión del condenado a medidas de seguridad, que, dependiendo de la gravedad del pronóstico

⁹⁶¹ “El interés en evitar ese posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia de la medida de seguridad es *preventivo-especial*. El delincuente es objeto de la medida de seguridad, bien para reeducarlo y corregirlo, bien para apartarlo de la sociedad en el caso de que aquello no sea posible”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 55.

⁹⁶² Al respecto, como ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “[e]n todo ese proceso ha jugado un papel fundamental el reconocimiento del carácter aflictivo de las medidas de seguridad. En efecto, éstas no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas «benefactoras» dirigidas a «curar» al peligroso, porque ése es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado «fraude de etiquetas» [...]. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 636.

⁹⁶³ Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2002. En ese sentido, afirma LANDROVE DÍAZ: “Por ello, la preservación de la sociedad de los sujetos posiblemente peligrosos debe quedar reducida a un segundo término ante los graves riesgos que supone la integración en un verdadero *arsenal punitivo* de las medidas pre delictuales, arma predilecta para las más sórdidas maquinaciones atentatorias de la libertad y la dignidad humanas”. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª. ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 114.

de reincidencia, podrían ser privativas de libertad o consistir en intervenciones menos restrictivas.

Ante los evidentes riesgos que tales intervenciones ilimitadas podrían representar para la libertad del sujeto, las sociedades democráticas trataron de moderar su uso, imponiendo diversas restricciones a la misma. En lo que se refiere a España, el Código penal de 1995 derogó definitivamente una regulación de las medidas de seguridad que durante el régimen franquista había sido afectada por una serie de reformas que permitían su instrumentalización con fines autoritarios⁹⁶⁴. Así, desde su entrada en vigor en 1996 hasta la reforma de 2010 las medidas de seguridad fueron limitadas al control de la peligrosidad criminal. Siendo éste su único fundamento, las medidas, por tanto, debían ser posdelictuales y aplicarse exclusivamente a través de sentencia dictada por un juez o tribunal, que, teniendo en cuenta las condiciones personales del delincuente, hubiera observado pronóstico de reincidencia.

Los individuos a los que se dirigía la referida intervención eran los sujetos inimputables (para los que caben exclusivamente las medidas) o semiimputables

⁹⁶⁴ Como fue el caso de la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, y la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social. JORGE BARREIRO recuerda que la ley de 1933, por sus graves defectos, terminaba por proporcionar la posibilidad de que las medidas de seguridad fuesen aplicadas con fines políticos. JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español”, en *JD*, nº. 25, 1996, p. 47. A pesar de eso, la LVM estuvo en vigor hasta 1970, cuando fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que mantuvo sus principales problemas. La LPRS, en la línea de la Ley de Vagos y Maleantes, seguía previendo las medidas de seguridad contra prostitutas, ebrios habituales, homosexuales, proxenetas, toxicómanos, enfermos mentales y mendigos, entre otros. La Ley en cuestión fundamentaba la aplicación de las medidas basándose tanto en la peligrosidad social, como en la peligrosidad criminal, haciendo uso de las medidas pre y posdelictivas, que prácticamente no se diferenciaban de las penas en el momento de la ejecución (MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, pp. 55-56). A título de ejemplo, como recuerda MIR PUIG, la homosexualidad dejó de ser considerada “estado peligroso” solamente a partir de la Ley 77/1978, de 26 de diciembre (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 2011, p. 792). Sin embargo, con el Código penal de 1995 la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social fue finalmente derogada, aunque de hecho el Tribunal Constitucional ya la había dejado prácticamente sin aplicación alguna. Para un análisis histórico de las medidas de seguridad, vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, “Las medidas de seguridad”, en *ADPCP*, T. 9, F. 1, 1956, pp. 9-32; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, en *ADPCP*, T. 31, F. 1, 1978, pp. 5-11; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 1985, pp. 50-86; JORGE BARREIRO, Agustín, en *JD*, 1996, pp. 46-52; SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en García Valdés, Carlos/ Cuerda Riezu, Antonio/ Martínez Escamilla, Margarita/ Alcácer Guirao, Rafael/ Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 975-1003.

(para los que las medidas pueden ser aplicadas en combinación con penas). En este último caso, con el objetivo de no comprometer los resultados del tratamiento, si el sujeto hubiera sido condenado a pena y medida de seguridad privativas de libertad, la legislación preveía que se cumpliera primero la medida, de forma además (para evitar el *bis in idem*) que su duración fuese abonada a la de la pena de prisión, que sólo sería (en su caso) ejecutada en segundo lugar (art. 99 Cp.).

Esta regulación dio lugar a que un sector doctrinal afirmase la aproximación entre ambas consecuencias jurídicas⁹⁶⁵, tanto que actualmente se entiende que lo que las diferencia es el punto de referencia de su limitación, en cuanto la pena se limitaría por la culpabilidad, mientras la medida se limitaría por la peligrosidad del autor, no obstante sus similares fundamentos, fines y garantías constitucionales⁹⁶⁶.

Sin embargo, a pesar de la referencia a la peligrosidad, para evitar el fraude de etiquetas la regulación limitaba las medidas, para que no resultaran más gravosas que las penas que hubieran podido corresponder a un culpable por ese mismo delito. Así, la duración máxima de la medida de seguridad privativa de libertad para un inimputable sería la de la pena concreta aplicable si el sujeto fuera imputable (arts. 101, 102 y 103 Cp.) o, tratándose de semiimputables, la correspondiente a la pena máxima prevista en abstracto para el delito (art. 104 Cp.), utilizando la culpabilidad como parámetro proporcionador, aunque ésta no forme parte de su contenido.

Sin embargo, un sector doctrinal sostenía que la regulación introducida en el Código penal de 1995 era insatisfactoria respecto a algunos casos minoritarios en que la pena por sí sola no sería la respuesta adecuada frente al delincuente

⁹⁶⁵ “Actualmente, las revisiones a que han sido sometidas tanto la pena como la medida de seguridad han producido una cierta aproximación de unas y de otras que, sin llegar a confundirlas, redundan en el respeto de los derechos individuales”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 635.

⁹⁶⁶ “La medida de seguridad es una reacción penal que [...] tiene el mismo *fundamento* (su necesidad para evitar el delito), el mismo *fin* (la reeducación y reinserción social) y las mismas *garantías* constitucionales de la pena. La única diferencia entre ellas radica en que mientras la pena está limitada por la culpabilidad del autor, la medida de seguridad está limitada por el principio de proporcionalidad. La medida de seguridad debe ser proporcional, desde luego, a la peligrosidad del autor, pero sin exceder del límite que permite la proporcionalidad a la gravedad del hecho cometido [...]”. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.)/ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (Coord.)/ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena/ RAMOS TAPIA, María Inmaculada/ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2015, p. 14 (la cursiva pertenece al original).

plenamente capaz⁹⁶⁷ y entendía que debería ser posible la aplicación conjunta de ambas consecuencias jurídicas, pena y medida, para tales individuos, cuando aquélla fuera considerada insuficiente para contener su peligrosidad⁹⁶⁸. Quizás por esta razón, a través de la reforma de 2010 el legislador introdujo la posibilidad excepcional de aplicar una medida de seguridad a los delincuentes imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo, medida que, además (y al contrario de lo que ocurre en el sistema vicarial de aplicación de penas y medidas privativas de libertad a semiimputables, art. 99), se cumple *después* de la pena.

Ignorándose las necesidades preventivas del concreto condenado⁹⁶⁹ y anticipando al momento de la sentencia condenatoria el pronóstico de una peligrosidad que se presume será persistente tras el cumplimiento de la condena⁹⁷⁰,

⁹⁶⁷ “No es sensato cerrar los ojos a una realidad que, aunque poco significativa desde el punto de vista estadístico, genera una enorme y fundada preocupación social: la de la subsistente peligrosidad criminal de ciertos sujetos tras el cumplimiento de la pena de prisión”. GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *RAD*, nº. 6, 2010, p. 185. En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *RDPC*, 3ª. época, nº. 1, 2009, p. 202.

⁹⁶⁸ De acuerdo con LUZÓN PEÑA, “[e]l que no sea precisa la culpabilidad no significa que ésta sea incompatible con las medidas de seguridad, de tal modo que a los culpables se les impusiera sólo la pena, y las medidas se reservaran para los sujetos inculpables, pero peligrosos; por el contrario, a las personas culpables también se les puede aplicar una medida de seguridad si encajan en un «estado peligroso»”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, p. 39. Por otro lado, ZUGALDÍA ESPINAR, reconociendo el riesgo de ‘fraude de etiquetas’, entiende posible la aplicación conjunta de penas y medidas si se cumplen ciertos requisitos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad del sujeto. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en *RDPC*, 2009, pp. 205 y 206. En un sentido distinto, más a favor de la aplicación de las medidas complementarias a la pena, defiende JAKOBS: “Con otras palabras, *quien quiere ‘participar’ como persona en Derecho, como ciudadano, tiene una prestación debida que ha de cumplir permanentemente: tiene que generar fiabilidad cognitiva*. Si esta obligación no se cumple de modo imputable y de una manera cualificada, en cuyos detalles no hay que entrar aquí, la sociedad civil tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales”. JAKOBS, Günther, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret*, nº. 1, 2009, p. 13 (la cursiva pertenece al original).

⁹⁶⁹ “[...] no se exige juicio de peligrosidad alguno en sentencia para la imposición de la medida. [...] Justamente, el dato que justificaría un cierto pronóstico de peligrosidad —la reincidencia, habitualidad, condena por varios delitos, especial gravedad de la infracción— ha sido descartado como elemento fundamentador de la medida”. GARCÍA ALBERO, Ramón, en *RAD*, 2010, p. 190. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, “Libertad Vigilada”, en Álvarez García, Francisco Javier/ González Cussac, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 150.

⁹⁷⁰ “Difícilmente podrá valorarse la peligrosidad del reo, ni siquiera de manera provisional, con una anticipación de años o décadas”. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, en *DLL*, nº. 7534, Sección Tribuna, 2010, p. 5. Al respecto, aclaran MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: “La

las medidas de libertad vigilada pasaron a ser aplicadas obligatoriamente junto con las penas. Como hemos mencionado, en la regulación introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, ello sólo estaba previsto para los casos de delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexuales, ampliándose este ámbito de aplicación con la LO 1/2015, de 30 de marzo, a los delitos contra la vida (art. 140 bis) y los delitos de lesiones y de violencia habitual en contextos de violencia de género, doméstica o asistencial (arts. 156 ter y 173.2)⁹⁷¹. Fuera de estos casos, para los demás delincuentes imputables la aplicación conjunta de penas y medidas no está permitida.

En cuanto al contenido de la libertad vigilada para sujetos imputables, puede concretarse a través de una serie de medidas no privativas de libertad que deberán ser cumplidas tras la excarcelación (art. 106.2 Cp.) y que tendrán una duración de cinco a diez años, o de uno a cinco años (art. 105 Cp.), dependiendo de la gravedad de la pena.

El listado de medidas que pueden imponerse se enumera en el art. 106.1 Cp.:

“a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el juez o tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

libertad vigilada debe cumplirse *después* del cumplimiento de la pena de prisión, *pero debe ser impuesta ya en la sentencia condenatoria*, porque el Código penal español sólo admite medidas de seguridad post-delictuales y, por lo tanto, la ahora comentada debe basarse en la peligrosidad que expresa el delito cometido y enjuiciado. Si esta clase de libertad vigilada se impusiera después de cumplirse la pena de prisión, se trataría, en realidad, de una medida pre-delictual basada exclusivamente en el pronóstico de nuevos delitos”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 644 (la cursiva pertenece al original).

⁹⁷¹ Respecto a esos supuestos añadidos en 2015, manifiesta SALAT PAISAL: “Esta nueva reforma del Código penal hubiera sido un momento ideal para corregir el catálogo de delitos que pueden derivar en la imposición de una medida de libertad vigilada. En su lugar, el legislador ha seguido la política criminal populista y sin sentido, habitual en las últimas reformas penales. Al respeto, considero que su posible imposición, dada la intromisión en la esfera personal y la restricción de derechos fundamentales (sic) que supone la imposición de una medida de libertad vigilada, hubiera debido de limitarse a delitos graves que atenten contra bienes jurídicos individuales, siempre y cuando existiera un riesgo de que se cometan nuevos delitos contra los mismos bienes jurídicos lesionados”. SALAT PAISAL, Marc, “La libertad vigilada”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 211.

- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

Aunque la libertad vigilada es impuesta ya en el momento de la condena, las concretas medidas de seguridad en que aquélla se plasmará deben ser propuestas, de entre las opciones ya mencionadas, dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad por el juez de vigilancia penitenciaria al juez o tribunal sentenciador, que determinará las obligaciones o prohibiciones que deberán ser cumplidas por el condenado (art. 106.2.II Cp.)⁹⁷². En caso de varias condenas, el sujeto deberá cumplir primero todas las penas privativas de libertad, para pasar después a la medida de seguridad. Además, si le impusieron varias medidas, deberá cumplirlas simultáneamente cuando ello sea posible o sucesivamente, cuando no lo sea, pero siempre después de la excarcelación (art. 106.2.III y IV Cp.). Por lo dicho, el cumplimiento de una medida no exime del cumplimiento de las demás, sino que

⁹⁷² En lo referente al momento de imposición de la medida, tiene razón SIERRA LÓPEZ cuando señala que “[...] el cumplimiento de la libertad vigilada después de la excarcelación del sujeto le otorga a la medida unas características propias, por cuanto el pronóstico criminal no se realiza en el momento de su imposición sino momentos antes de su ejecución (pudiendo haber transcurrido años desde que se decreta hasta que se ejecuta)”. SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 138.

todas se añaden, así como se suma el tiempo de ejecución de todas las consecuencias jurídicas⁹⁷³.

Según el art. 106.4, en caso de incumplimiento, el juez o tribunal podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 98 Cp. Sin embargo, si el incumplimiento fuera reiterado o grave, responderá del delito de quebrantamiento de condena, previsto por el art. 468 Cp.⁹⁷⁴

Como puede verse, a través de la libertad vigilada el legislador ha creado un nuevo sistema de medidas que convive paralelamente con el sistema en vigor para delincuentes inimputables y semiimputables. Esa nueva y confusa realidad, considerada por ACALE SÁNCHEZ como un “sistema unificador de penas y medidas de seguridad”⁹⁷⁵, está dirigida no al individuo que individualmente resulte excesivamente peligroso o incorregible (cuya necesidad de mayor control penal era defendida por una parte de la doctrina), sino a un cierto perfil de delincuente que la sociedad procura desterrar y controlar integralmente⁹⁷⁶. En otras palabras, no se persigue a los delincuentes violentos o peligrosos, ni siquiera a los delincuentes terroristas violentos o peligrosos, sino a cualquier individuo que haya cometido algún delito de terrorismo (o delitos contra la libertad e indemnidad sexual, contra la

⁹⁷³ Respecto a la acumulación de las medidas, como señala DEL CARPIO DELGADO, “[e]so supone que, en caso de concurrencia de varias medidas de libertad vigilada postpenitenciaria que no puedan ejecutarse de forma simultánea, la ejecución sucesiva de éstas puede exceder el límite máximo establecido en el art. 105.2 Cp., que es de diez años”. DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de libertad vigilada para adultos”, en *RDP*, nº. 36, 2012, p. 46.

⁹⁷⁴ En efecto, el art. 468.2 Cp. establece, en lo que se refiere a la libertad vigilada: “Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”.

⁹⁷⁵ “Queda con ello de manifiesto que no se trata sin más de una ampliación del régimen vicarial a los delincuentes imputables peligrosos, sino de una puesta en escena de un sistema unificador de penas y medidas de seguridad”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p. 150. En el mismo sentido, según GARCÍA ALBERO, “[e]ste nuevo supuesto de acumulación de penas y medidas nada tiene que ver con el sistema hasta ahora conocido. La medida de seguridad, justo al revés de cómo se opera tratándose de penas y medidas privativas de libertad –sistema vicarial– se cumple una vez el penado haya cumplido la pena, y en modo alguno resultan recíprocamente abonables estos cumplimientos”. GARCÍA ALBERO, Ramón, en *RAD*, 2010, 190.

⁹⁷⁶ “La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa”. Preámbulo IV de la LO 5/2010.

vida o ciertos delitos de violencia de género, asistencial o doméstica), aunque no sea grave, dado que, como pone de manifiesto TAMARIT SUMALLA, bajo la etiqueta de “terrorista” encontramos también tipos penales de baja ofensividad⁹⁷⁷ (y lo mismo cabe decir respecto de los otros dos “enemigos” del sistema: el delincuente sexual y el maltratador, dado que cabría libertad vigilada, por ejemplo, en un caso de maltrato sin lesión si el sujeto es de los incluidos en el art. 173.2).

En ese sentido, la opción del legislador de restringir la nueva medida de seguridad a esa clase de delincuencia nos lleva a concluir que la aplicación conjunta de penas y medidas obligatoriamente para esos supuestos tiene por objeto, una vez más, dificultar el acceso a la plena libertad de delincuentes que normalmente provocan gran repercusión mediática. Al respecto, se entiende que la introducción de la libertad vigilada en el catálogo de consecuencias jurídicas no parece acertada precisamente porque demuestra su interés no en dar una respuesta adecuada a la peligrosidad criminal, sino en la imposición de un control adicional a la pena específicamente en contra de determinados sujetos. En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, no se ha intentado afrontar sistemáticamente el problema de los delincuentes culpables que presentan peligrosidad criminal grave, sino “arbitrariamente responder a las inquietudes o inseguridades que generan determinados tipos de delincuentes en el imaginario colectivo, lo cual hace que se incurra en generalizaciones cuando las medidas deberían suponer una respuesta específica extraordinaria a la peligrosidad excepcional del delincuente fruto de un examen individualizado”⁹⁷⁸. Por ello, se suele entender que el problema no estaría en la imposición combinada de penas y medidas a sujetos imputables, sino en la excesiva punición que se viene imponiendo a determinados sectores de la criminalidad, sectores que, desde la reforma introducida por la LO 7/2003, vienen soportando numerosos recortes a las posibilidades de excarcelación y, en general, de

⁹⁷⁷ “No se olvide que, bajo la denominación de delitos de terrorismo, se encuentran tipificados en el Código delitos de gravedad, trascendencia o incluso consecuencias punitivas muy diversas, que van desde el asesinato político hasta actos de colaboración definidos en términos vagos e imprecisos e incluso, desde la reforma de 2000, la mera apología del terrorismo”. TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, en <[url: http://goo.gl/cToFYC](http://goo.gl/cToFYC)>, consultado el 27/06/2012, p. 5.

⁹⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”, en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 233 y 234.

poner fin al control estatal sobre ellos⁹⁷⁹. Hay que tener en cuenta que, en delitos terroristas, para los casos más graves habrá que añadir, al máximo de 40 años de prisión de cumplimiento íntegro, un máximo de 10 años de libertad vigilada (o más, si hay varias condenas). El sometimiento del sujeto al control del Estado por un tiempo tan prolongado nos parece, además de ineficiente, inhumano.

Como sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, el legislador parece estar interesado en imponer este nivel de intervención en contra del terrorista, no con el fin de someterle a un largo proceso de inocuización, sino con el objetivo de incapacitar a la organización como un todo, pues el control de un número importante de sus miembros naturalmente perjudicaría el desarrollo de sus actividades⁹⁸⁰. En cualquier caso, esta pretensión del legislador se podría considerar relativamente acertada frente al modelo organizativo del terrorismo clásico, ya mencionado *supra*. Sin embargo, ante los nuevos movimientos fundamentalistas y la pulverización y multiplicación de sus miembros, seguramente la libertad vigilada se convierte en una intervención penal de carácter inocuo para los fines que se propone.

Pero no todo han sido críticas a la imposición de libertad vigilada a sujetos imputables. Así, por ejemplo, desde un punto de vista interesante ha defendido GARCÍA ALBERO la aplicación acumulada de pena y medida para el delincuente con pronóstico negativo como una opción mejor a la de simplemente agravar la pena de

⁹⁷⁹ “La libertad vigilada no es, por tanto, ilegítima en un sistema democrático, lo que es ilegítimo es su introducción en un sistema en el que en el año 2003 se había optado por un sistema en el que la delincuencia grave es tratada no con medidas adicionales a las penas para delincuentes especialmente peligrosos, sino con un incremento generalizado de las penas (tanto cuantitativamente como en su forma de ejecución)”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 237. Al respecto también se manifiesta DEL CARPIO DELGADO: “Se introduce una «nueva medida» para hacer frente a este tipo de criminalidad, sin tener en cuenta que desde la reforma de 2003 del Código penal, la evolución o involución, como se interprete, del Derecho penal en estos supuestos se ha llevado única y exclusivamente a través de mecanismos que inciden en los límites temporales de duración de las penas de prisión, en la determinación cualitativa o cuantitativa de la misma, así como en su régimen de ejecución”. DEL CARPIO DELGADO, Juana, en *RDP*, 2012, p. 62.

⁹⁸⁰ “Se puede pensar que en este caso lo que ha primado es el tratamiento de los delincuentes por convicción, pero eso no es más que una apariencia. Los terroristas que cumplen largas penas de prisión suelen quedar «quemados» e inservibles para la «lucha armada». Ellos nos demuestra que, en realidad, el fundamento de esta medida no reside exclusivamente en la «peligrosidad individual». La lucha contra la peligrosidad criminal individual no es más que una manifestación del combate contra la organización. [...] La experiencia está demostrando que cuantos más terroristas estén cumpliendo penas de prisión o se encuentren sometidos al control penal del Estado, más debilitada se encuentra la organización”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, p. 231.

prisión a imponer. Aunque ello debería ir acompañado de una moderación de las reglas de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a fin de evitar problemas de proporcionalidad⁹⁸¹.

Pero por ahora, desde luego, esa moderación no existe para los supuestos de terrorismo. El condenado recibe íntegramente el peso de una condena severa, que como hemos visto se extiende desde el establecimiento de barreras para el acceso a beneficios penitenciarios, progresión de régimen y libertad condicional, o en su caso la aplicación de prisión permanente revisable, hasta la aplicación excepcional de pena acumulada con medida de seguridad, que solamente alarga la contención del sujeto y el control del mismo. Y ésta viene a ser un obstáculo más en el camino de esos individuos, que ahora pueden percibir con extrema claridad el grado de reproche que alcanzaron los delitos de terrorismo en las últimas décadas. Por lo que parece, el legislador de 2010 procuró protegerse de futuros desgastes mediáticos creando un ambiente punitivo dirigido a que tales individuos sean sancionados penalmente y controlados por el Estado dentro de un plazo que ya no es proporcional a su culpabilidad o quizás a su expectativa de vida.

6. Imprescriptibilidad

Las reformas legislativas también han afectado a esta importante causa de extinción de la responsabilidad criminal. La prescripción representa la pérdida de interés del Estado en ejercer su derecho de castigar como consecuencia del transcurso del tiempo, sea porque los efectos preventivos especiales de la pena ya

⁹⁸¹ “La alternativa parece obvia: en términos de proporcionalidad en la respuesta punitiva, siempre será más acorde una mixtura de pena de prisión y libertad vigilada que simple pena de prisión exacerbada. La previsión de esta medida, empero, debería ir acompañada de un (sic) moderación de las reglas de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, pues añadida a prisiones *materialmente* equivalentes o incluso más gravosas que la prisión a perpetuidad presente en muchos Códigos europeos no cumple ya función alguna, pudiéndose revelar —el conjunto de pena y medida— manifiestamente desproporcionado”. GARCÍA ALBERO, Ramón, en *RAD*, 2010, pp. 185 y 186. Una opinión diferente mantienen CID y TÉBAR, según los cuales “[f]inalmente, la libertad vigilada no sólo es una medida poco orientada a la rehabilitación sino que además es mucho menos efectiva que la libertad condicional en cuanto a la capacidad de hacer cumplir las obligaciones impuestas. Mientras que en el caso de la libertad condicional el incumplimiento de las reglas de conducta establecidas por el Juez de Vigilancia puede llevar a la revocación de la medida y al consiguiente regreso de la persona a prisión, en el caso de la libertad vigilada el único mecanismo que se dispone para reforzar el incumplimiento de las reglas de conducta establecidas es la imputación de un delito de quebrantamiento de condena”. CID, José/ TÉBAR VILCHES, Beatriz, en *REIC*, 2010, p. 20.

no tienen mucho sentido⁹⁸², sea porque con el tiempo se produce por sí sola la restauración de la norma violada⁹⁸³, sea porque la imposición de la pena puede amenazar la seguridad jurídica o porque el efecto retributivo aisladamente, apartado de la prevención, ya no justifica la aplicación de una punición en una sociedad democrática.

Sin embargo, es cierto que un uso ilimitado de la prescripción puede llegar a cuestionar la certeza de la pena⁹⁸⁴. Y, en cualquier caso, hay que tener en cuenta la existencia de algunos delitos que, por su repercusión y la dimensión de sus daños, quedan impresos tanto en la memoria de las víctimas y de sus familiares, como de la sociedad como un todo, no sólo dentro de una realidad regional, sino, muchas veces, a escala internacional⁹⁸⁵.

Los traumas provocados por esos delitos, la necesidad de los individuos de protegerse de nuevas acciones análogas y el deseo de demostrar la reprobación y reiterar el reproche social y la indignación respecto a aquella conducta, conducen a que la punición se vuelva necesaria en este tipo de supuestos⁹⁸⁶.

Así, hay algunos delitos, que normalmente tienen lugar en situaciones extremas o de grandes conflictos, previstos por el Derecho internacional penal y por las legislaciones penales como imprescriptibles. Estos delitos eran, tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, el delito

⁹⁸² “[...] ha de reconocerse que la imposición de una pena muy desconectada temporalmente con respecto a la realización de la conducta antinormativa no resultará eficaz con vistas a la finalidad de prevención especial, cuya óptima realización presupone el cumplimiento inmediato, sino más bien contraproducente para la resocialización”. SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, José Luis, “El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica”, en *CPC*, nº. 93, 2007, p. 129.

⁹⁸³ “Es el propio transcurso del tiempo el que restaura por sí solo la vigencia del ordenamiento jurídico, al ir haciendo desaparecer el carácter perturbador del delito para el orden social, lo que priva de legitimación a una pena ya innecesaria para mantener dicho orden social, puesto que los hechos del pasado han dejado de representar una amenaza para él”. SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, José Luis, en *CPC*, 2007, pp. 126 y 127.

⁹⁸⁴ Así, por ejemplo, SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, José Luis, en *CPC*, 2007, p. 114.

⁹⁸⁵ Como señala MAPELLI CAFFARENA, “[l]a amarga experiencia vivida por la humanidad en las últimas décadas, en las que delincuentes contra la Humanidad han intentado invocar la prescripción de sus crímenes para eludir el castigo, ha hecho recomendable la imprescriptibilidad de ciertos delitos, que no llegan a ser olvidados nunca por la memoria de la humanidad, no sólo por quienes fueron directamente sus víctimas, sino por quienes conocieron los hechos, aunque sólo fuera en los libros de historia”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 437.

⁹⁸⁶ “En cualquier caso, la necesidad de declarar la responsabilidad e imponer la pena varía significativamente según la importancia del delito, lo que explica incluso que ciertos delitos se consideren imprescriptibles”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, en *InDret*, nº. 2, 2008, pp. 4 y 5.

de genocidio (art. 607), los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis) y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflictos armados (art. 608 y ss.). Delitos que, como pone de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, por su gravedad, normalmente no son comprendidos por la sociedad como superados, sino que sus daños y su violencia permanecen en la memoria de la población⁹⁸⁷.

En relación con ello y frente a los fenómenos sociales contemporáneos, en respuesta al reproche provocado por los delitos de terrorismo, y teniéndose en cuenta, además, las angustias que los mismos provocan, la reforma de 2010 pasó a considerar también imprescriptibles los crímenes de esa naturaleza que tengan como resultado por lo menos una víctima fatal⁹⁸⁸.

Sin embargo, no se puede olvidar que la legislación española clasifica como terroristas conductas cuyo potencial ofensivo ni siquiera se acerca a los impactantes atentados que forman parte del imaginario colectivo respecto a esos delitos. Incluso si se piensa en hechos trágicos que hayan resultado en la pérdida de una o varias vidas, no parece razonable que se los considere en todos los casos como equivalentes a los clásicos delitos imprescriptibles.

Por ello, se suele sostener que los delitos terroristas deberían ser considerados en este ámbito bajo los mismos parámetros y límites determinados para todos los demás hechos criminales previstos en el catálogo punitivo como prescriptibles. Ni más, ni menos.

Y lo cierto es que las sociedades muchas veces conviven con homicidios o asesinatos resultantes de las más diversas motivaciones o patologías, practicados a través de los medios más crueles e inhumanos que, en algunos casos, pueden provocar incluso un alarmante número de víctimas, como en los supuestos de asesinatos en serie. Sin embargo, como para esos supuestos la imprescriptibilidad no se aplica, podemos una vez más atrevernos a decir que estamos, reiteradamente y por lo que parece definitivamente, frente a un giro hacia el Derecho penal de autor,

⁹⁸⁷ “[...] su fundamento de (sic) debe verse en que determinadas infracciones de extrema gravedad (como, p. ej., los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado) nunca llegan a ser percibidas por la colectividad como algo ya superado o perteneciente al pasado”. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Artículo 131”, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Mir Puig, Santiago (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 310 y 311.

⁹⁸⁸ “Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona” (art. 131.4.II Cp., actualmente art. 131.3.II Cp.).

orientado a castigar a los delincuentes con base en su perfil y no en el resultado de la acción, una vez que un único caso de homicidio cometido con fin terrorista ahora aparenta y resulta ser más grave que una serie de homicidios cometidos por los motivos que sean, incluso el asesinato más vil. Lo que no parece tener mucho sentido⁹⁸⁹.

Por lo dicho, como acertadamente sostiene MAPELLI CAFFARENA, esa nueva política puede resultar en la “ruptura del dique”, que consistiría precisamente en la ampliación de la imprescriptibilidad a delitos cuya naturaleza en nada se relaciona con los crímenes anteriormente mencionados, pero que sean considerados especialmente graves por la colectividad⁹⁹⁰.

Si el paso del tiempo extingue los fines preventivos de la punición, entendemos que, para los casos de imprescriptibilidad, los fines retributivos primitivos que se procuraba alejar reaparecen y se renuevan, principalmente tratándose de delitos de gran visibilidad mediática, que provocaron conmociones y sensibilizaciones públicas a gran escala. Al extender la imprescriptibilidad a esos supuestos el legislador se alinea con los sentimientos sociales de venganza, exhibe a la opinión pública, a las víctimas y a las asociaciones de víctimas su compromiso con su dolor e instrumentaliza la lucha por los Derechos Humanos para justificar sus medidas penales, que en nada recuerdan las ideas promovidas por el garantismo.

En cualquier caso, como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, teniendo en cuenta el principio de irretroactividad penal de las leyes posteriores desfavorables al reo, la operatividad de esta reforma, que sólo puede aplicarse a los delitos cometidos después de la entrada en vigor de la LO 5/2010, solamente podrá constatarse en la mayoría de los supuestos pasado el plazo de prescripción anteriormente vigente (diciembre de 2030), de forma que tal medida, en el

⁹⁸⁹ Por lo demás, “[e]llo no sólo revela escepticismo respecto a que el terrorismo pueda desaparecer en nuestro país, a medio o largo plazo, sino que se comparece mal con una política de reinserción que, a veces con éxito, se lleva a cabo con los que renuncian a la lucha armada”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 433.

⁹⁹⁰ “Esta decisión del legislador de hacer imprescriptibles los delitos de terrorismo con resultado de muerte comporta el riesgo de provocar la *ruptura del dique* ya que otros muchos delitos igualmente graves podían ser incluidos en la lista de los imprescriptibles, pero les falta esa dimensión de atentado contra la humanidad («negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros» ONU. Asamblea General 1945. Resolución 96/1)”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 437.

momento de su aplicación, reflejará la cultura política de una época que probablemente no existirá ya⁹⁹¹. Lo que, una vez más, demuestra el criterio meramente retórico de la ampliación de la respuesta penal para esos supuestos. Frente a esa evidente realidad, sólo resta admitir la penetración profunda del Derecho penal del enemigo en la legislación⁹⁹².

7. Decomiso

Por si no fueran ya suficientes todas las barreras interpuestas en el camino hacia la libertad de los delincuentes indeseados, hasta aquí comentadas, el legislador en las reformas de 2010 y 2015 se ha dedicado, además, a limitar el poder económico de estos sujetos, pues hoy más que nunca, teniendo en cuenta el protagonismo que el crimen organizado ha alcanzado en las últimas décadas, principalmente después de ataques terroristas llevados a cabo por grupos trasnacionales, se entiende que el decomiso evita el enriquecimiento ilícito proveniente del delito y el flujo ilegal de capitales destinados a la criminalidad⁹⁹³.

Por ello, el decomiso pasó a representar una importante arma en la lucha en contra de esas organizaciones⁹⁹⁴, principalmente dificultando transferencias de recursos a favor de las mismas, cuya financiación se entiende que deriva normalmente de fuentes ilegales.

⁹⁹¹ “Pero si para entonces el problema terrorista que ahora es una de las amenazas que sufre la sociedad española ha desaparecido completamente, carecerá de sentido aplicar una regla de imprescriptibilidad a unos delitos condicionados por un determinado contexto político, que probablemente para entonces ya habrá cambiado en una u otra dirección. Aunque duela reconocerlo, también en esta materia se puede decir una vez más que el tiempo todo lo cura, o simplemente que también se lleva por delante a los que en su día cometieron tan graves crímenes, aunque esto en ningún caso les eximirá del juicio moral y político que sobre ellos pronunciará la historia”. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código penal español de 14 de noviembre de 2008”, en *RP*, nº. 24, 2009, p. 117.

⁹⁹² “[...] una reforma de este calado solo es entendible en un contexto político como el español y en la línea de ese «otro» Derecho Penal, casi paralelo, aplicable a los delitos de terrorismo”. RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, “La nueva regulación de la prescripción penal. Una reforma en busca de seguridad jurídica, una reforma «proactione»”, en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, Civitas, 2011, p. 258.

⁹⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 670.

⁹⁹⁴ “El comiso o decomiso, figura penal ‘secundaria’ durante tantos años adquiere, por ese motivo, una nueva dimensión, transformándose en arma primordial de la política criminal de nuestro tiempo”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, en *RECPC*, nº. 12, 2010, p. 2.

El decomiso no suele ser categorizado como pena (pues no se relaciona con la culpabilidad), ni tampoco como medida de seguridad (ya que no está comprometido con la gestión de la peligrosidad), sino que se le suele incluir en el catálogo de consecuencias accesorias del delito, lo cual, como observan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, favorece su aplicación en condiciones abusivas⁹⁹⁵.

Es importante mencionar que, ya antes de la LO 5/2010, la legislación preveía el “comiso de valor equivalente o impropio”⁹⁹⁶ (art. 127.3 Cp.), en función del cual, cuando el bien no pudiera ser decomisado, sea porque pertenezca a tercero de buena fe, sea por haberse deteriorado, perdido o consumido, el decomiso recaería sobre otro bien de valor equivalente, lo que resolvería muchos de los casos en que el responsable posee patrimonio suficiente para ello, como señala AGUADO CORREA⁹⁹⁷.

La novedad introducida por la LO 5/2010 vino de la mano del “decomiso ampliado” (art. 127.1.II en su redacción de 2010), instituido en respuesta a la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁹⁹⁸. Tras esta reforma, la legislación establecía que, en casos de delitos de terrorismo o cometidos en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, el decomiso debería ser ampliado a todos los efectos, bienes, instrumentos o ganancias del patrimonio del condenado que provengan de dichas actividades delictivas,

⁹⁹⁵ “La vigente regulación contiene presunciones en contra del reo que se amparan en el argumento formal de que el decomiso no es una pena, pese a sus graves consecuencias que pueden llegar, en la práctica, a la confiscación de todos los bienes (en el decomiso ampliado)”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 671.

⁹⁹⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 416.

⁹⁹⁷ AGUADO CORREA, Teresa, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal”, en *RECPC*, nº. 5, 2003, pp. 5 y 6. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 416 y 417. En relación al comiso de valor equivalente, sin embargo, señalan acertadamente MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que “[e]ste decomiso, también denominado «impropio», no recae sobre objetos potencialmente peligrosos, sino sobre una cantidad dineraria o unos bienes equivalentes a su valor. Ello lo aproxima a una pena pecuniaria, recuperándose parte de la naturaleza de pena que se había pretendido superar”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 670.

⁹⁹⁸ Según el Preámbulo, apartado VIII, de la LO 5/2010, de 22 de junio: “De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella”.

entendiéndose al respecto que los bienes proceden de dicha actividad delictiva cuando su valor sea “desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente”. De este modo, para los responsables de los mencionados delitos se atribuía una presunción *iuris et de iure* de ilicitud del patrimonio, aunque el mismo no tuviera una relación directa con el delito en cuestión⁹⁹⁹.

Siguiendo esta línea punitiva, el legislador de 2015, a través de la introducción del art. 127 bis por la LO 1/2015, extendió el decomiso ampliado a un número mucho más amplio de delitos, que actualmente abarca los siguientes supuestos:

- a) Delitos de trata de seres humanos.
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- g) Delitos de corrupción en los negocios.
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
- i) Delitos de blanqueo de capitales.
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n) Delitos de falsificación de moneda.
- o) Delitos de cohecho.
- p) Delitos de malversación.

⁹⁹⁹ “Ello comporta por tanto la potestad para auditar todo el patrimonio del condenado, una suerte de fiscalización o investigación patrimonial universal. Para proceder en este sentido, el juez debe llegar a la convicción de que los bienes, aunque no proceden del hecho que motiva la condena, provienen de una actividad delictiva previa a la condena de naturaleza similar, o en su modalidad más extrema, de cualquier otra actividad delictiva”. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Decomiso y embargo de bienes”, en *BMJ*, año 60, nº. Extra 2015, 2006, p. 16.

q) **Delitos de terrorismo.**

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Por otra parte, la doctrina había criticado la anterior presunción respecto del origen delictivo, ligada sólo a la desproporción del patrimonio respecto de los ingresos legales¹⁰⁰⁰. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 127 bis.1 indica que el juez o tribunal debe decidir adoptar el comiso ampliado “a partir de indicios objetivos fundados” de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y de la no acreditación de su origen lícito, indicándose en el apartado 2 del art. 127 bis una serie de indicios que han de valorarse especialmente a estos efectos que incluyen, además de la desproporción prevista en la anterior regulación, otros elementos como la ocultación de la titularidad de bienes¹⁰⁰¹. Aunque, desde luego, sigue tratándose de una presunción de ilegalidad, parece que ya no se trata de una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*¹⁰⁰². Lo que sigue siendo criticable en la medida que supone la inversión de la carga de la prueba¹⁰⁰³.

Por lo dicho, hoy se entiende que la realización de alguno de los delitos mencionados *supra*, combinada con la imposibilidad de demostrar el origen lícito de

¹⁰⁰⁰ Así, por ejemplo, sostenía QUINTERO OLIVARES que “[l]a desproporción, como criterio *único* para declarar la presunción de origen, puede ser excesivo, y debería modularse abriendo la posibilidad de que se pueda dar una explicación convincente sobre su origen”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en *RECPC*, 2010, p. 7.

¹⁰⁰¹ Art. 127 bis.2: “A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”.

¹⁰⁰² Para HAVA GARCÍA, considerar la presunción como *iuris tantum* es también la única manera de evitar las dudas respecto a la constitucionalidad de la referida regulación, permitiendo prueba en contrario respecto del origen delictivo de los bienes. HAVA GARCÍA, Esther, “Comiso”, en Álvarez García, Francisco Javier/ González Cussac, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 161.

¹⁰⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., 2015, p. 671. En sentido contrario, pone de manifiesto AGUADO CORREA: “El comiso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada debe regirse por unos principios parcialmente distintos, sobre todo, en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada. No estaría de más que para estos casos se previese una especie de inversión de la carga de prueba de la certificación de origen, de manera que correspondiese al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes”. AGUADO CORREA, Teresa, en *RECPC*, 2003, p. 11.

un determinado bien, es suficiente para que el Estado lo confisque¹⁰⁰⁴, vulnerando el principio de presunción de inocencia¹⁰⁰⁵.

En nuestra opinión, los casos en los que los individuos no puedan explicar el origen de su patrimonio deberían ser tratados, en principio, en el ámbito del Derecho tributario y sólo si ese análisis llevase al entendimiento de que los bienes fueron adquiridos de forma delictiva, la investigación de esas acciones criminales deberían correr, ahora sí, a través de las normas penales, en proceso propio, que ofreciese la posibilidad de defensa del acusado y que llevase a una condena, en su caso, proporcional a la gravedad del hecho, decomisando lo que pueda ser probado como proveniente de acciones ilícitas.

Además del decomiso ampliado, el legislador, violando aquí también el principio de presunción de inocencia¹⁰⁰⁶, también introdujo en 2010, en el art. 127.4 Cp., el decomiso sin sentencia condenatoria, mantenido tras la reforma de 2015 en el art. 127 ter. Este decomiso se aplica en los casos en que la ilicitud de la situación patrimonial quede acreditada en un proceso contradictorio pero no haya sentencia condenatoria. En la regulación actual, los supuestos concretos a los que se aplica son aquéllos en que el sujeto haya sido formalmente acusado o imputado, existiendo indicios racionales de criminalidad, pero la condena no haya sido posible porque “el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos”, “se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable” o “no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido”.

¹⁰⁰⁴ “En estos casos no se trata de decomisar bienes o efectos o ganancias de un delito concreto, por lo que no hará falta acreditar las concretas actividades delictivas previas que son el origen de los citados bienes. Bastará con constatar en una sentencia condenatoria la existencia de **pertenencia a una organización o grupo criminal o terrorista** y tenencia de bienes cuyo origen lícito no se puede demostrar, sin que haya que acreditar la relación entre bienes concretos y delitos concretos”. GALLEGU SOLER, José Ignacio, “De las consecuencias accesorias, art. 127”, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Mir Puig, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 300 (la negrita pertenece al original).

¹⁰⁰⁵ “En cualquier caso, debe negarse rotundamente que el precepto tolere el comiso de bienes cuya procedencia lícita no haya podido ser demostrada por el propietario, ya que ello constituiría una violación flagrante del principio de presunción de inocencia”. “La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando”, en *RPCP*, <url: <http://goo.gl/YlvPps>>, nº. 20, 2008, consultado el 06/03/2013, p. 147.

¹⁰⁰⁶ HAVA GARCÍA, Esther, “La nueva regulación del comiso”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, p. 220.

Pero eso no es todo, ya que también se prevé, tras la reforma de 2015, incluso la posibilidad a) de decomisar los bienes, efectos y ganancias procedentes del delito que hayan sido transferidos a terceras personas, cuando éstas los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito y b) la posibilidad de decomisar otros bienes, cuando el tercero los haya adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. E incluso se incluye una presunción de conocimiento o sospecha del origen o fin ilícito cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado (art. 127 quater). Este último caso parece especialmente grave, visto que involucra a individuos no responsables en el delito, los cuales pueden ver comprometidos sus bienes, además de ser responsabilizados por la colaboración con la supuesta ocultación¹⁰⁰⁷.

Con esta nueva regulación, resulta impresionante la libertad ofrecida al Estado por el legislador para confiscar el patrimonio de ciertos sujetos incluso aunque no hayan sido condenados o ni siquiera estén acusados de delitos. Las violaciones de derechos que de ella se originan, una vez más, reiteran la idea de que, en contra del enemigo, todo es posible y que el poder político, por medio de este argumento, ya no necesita limitar su actuación por los principios constitucionales de los ciudadanos, criminales o no.

B. MÁS CRÍTICAS AL NUEVO MODELO PUNITIVO

Analizando las nuevas condiciones establecidas por las ya mencionadas reformas, cabe plantearse si la modificación de las referidas reglas para el acceso a la libertad, ahora abiertamente agravadas por las características del autor, puede traer

¹⁰⁰⁷ “Como puede comprobarse, tras la entrada en vigor de este precepto los terceros de buena fe quedan en una posición más que delicada: en la adquisición de cualesquiera tipo de bienes (los que pueden proceder de actividades delictivas, pero también los que pueden ser decomisados en su lugar, conforme las reglas del comiso por sustitución) deberán adoptar en todo momento una actitud especialmente suspicaz (diligente, la llama el Código Penal) [...]”. HAVA GARCÍA, Esther, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 222.

algún beneficio real para el control de la delincuencia y para el descenso de la reincidencia.

En primer lugar, es preciso recordar que la orientación a la reinserción es un imperativo constitucional, establecido con la finalidad de atenuar los efectos nocivos de la prisión, ofreciendo al condenado la posibilidad de una ejecución penitenciaria ajustada a sus características personales, su comportamiento y la evolución de su tratamiento. Hay que tener en cuenta que la individualización no es positiva solamente para el condenado, sino también para aquéllos que con él conviven, una vez que le estimula a participar de actividades educativas y culturales, a respetar las reglas del establecimiento penitenciario y a entender que a través de su esfuerzo el período de encarcelamiento puede ser reducido.

También es importante recordar que la progresión de régimen, la libertad condicional y los permisos de salida son instrumentos fundamentales para la disminución del impacto provocado por la libertad pasado el cumplimiento de la pena¹⁰⁰⁸. Y desde nuestro punto de vista, a pesar de sus dificultades, el sistema progresivo aún parece ser el más adecuado para hacer de la excarcelación una experiencia más equilibrada y no tan lejana de la realidad vivida por el individuo durante la condena.

Las ventajas ofrecidas por este modelo evidentemente son valoradas por los sistemas políticos más comprometidos con la disminución de los conflictos sociales y consecuentemente de la reincidencia y de la violencia, mientras que son ignoradas por aquéllos que procuran instrumentalizar la legislación a favor de fines no relacionados con la protección de bienes jurídicos, a lo que la doctrina suele referirse por Derecho penal simbólico¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁸ “[...] los permisos de salida no son más que fases del tratamiento y se conceden no como premios sino como parte de aquél: suponen en definitiva, pequeñas dosis de libertad en una vida sin libertad. Por lo mismo, la clasificación en tercer grado, no tiene nada que ver con la clase de pena impuesta sino con la evolución del tratamiento”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 370.

¹⁰⁰⁹ “El «Derecho penal del enemigo» es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del uso simbólico del Derecho penal (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia crisis del Estado de Derecho”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal”, en Pérez Álvarez, Fernando/ Núñez Paz, Miguel Ángel/ García Alfaraz, Isabel (Coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 1030 y 1031 (la cursiva pertenece al original). Respecto del significado del

Naturalmente, el Derecho penal lleva en su esencia elementos simbólicos precisamente relacionados con la prevención general, a través de la cual se trata de reafirmar la validez de la norma y la necesidad de respetarla, como también de, por medio de la intimidación, mover al ciudadano a observarla. Sin embargo, la doctrina identifica el Derecho penal simbólico con la usual instrumentalización del castigo enfocada en la apariencia de “eficacia estatal dirigida a la resolución de conflictos que no se corresponde con la realidad”, tal como plantean DÍAZ PITA y FARALDO CABANA¹⁰¹⁰. Por ello, más que de enfrentarse a los riesgos, se trata de convencer al electorado de que los males que le preocupan están siendo debidamente gestionados por el poder público.

La orientación del Estado en este sentido se relaciona con mucho de lo ya mencionado respecto a la quiebra del bienestar social y a los perjuicios que de ella se derivaron, en combinación con la nueva racionalidad punitiva, más interesada en el control de la población que en la promoción de la armonía entre los individuos sometidos al poder. Desde esta perspectiva, no sería casualidad el que con tanta frecuencia se opte por medidas de poca eficacia práctica frente al delito, pero que tienen una alta eficacia retórica en lo que se refiere al acercamiento entre el Estado y el ciudadano¹⁰¹¹. En ese sentido, las medidas populistas terminan por ser una alternativa de bajo costo y de alto resultado para el mantenimiento del *status quo*. Insertos en esa coyuntura política, en un mundo donde el riesgo se muestra inminente y los medios de comunicación disciplinan¹⁰¹², los individuos de nuestro

Derecho penal simbólico, aclara DÍEZ RIPOLLÉS: “El denominado ‘derecho penal simbólico’ constituye un caso de superación de los límites utilitarios que el principio teleológico de la sanción penal marca a la intervención penal. Se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *BMDC*, nº. 103, 2002, <[url: goo.gl/HjzupA](http://goo.gl/HjzupA)>, consultado el 20/09/2015.

¹⁰¹⁰ DÍAZ PITA, María del Mar/ FARALDO CABANA, Patricia, en *RDPP*, 2002, p. 119.

¹⁰¹¹ “Para el Estado, a su vez, responder a golpe de promulgación de normas penales se convierte en una posibilidad barata, con mucha repercusión y que tiene la extraña virtud de calmar las expectativas de la población”. DÍAZ PITA, María del Mar/ FARALDO CABANA, Patricia, en *RDPP*, 2002, p. 121.

¹⁰¹² “Este poder configurador de la sociedad de los medios de comunicación, se va transformando en poder disciplinario, en control social informal, donde «(sic) no se disciplina los cuerpos, sino las «mentes», al más acabado entilo foucaultiano”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Viajes y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/ Sanz Mulas, Nieves (Coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, p. 104.

tiempo terminan convencidos de la necesidad de castigos más severos, de menos tolerancia frente al delito y de la benignidad del Estado en confortarle.

Evidentemente, la política parece sacar provecho de las circunstancias que imponen el miedo y la sensación de eminente victimización, así como de las tragedias y del dolor de las víctimas¹⁰¹³. Mientras tanto, los perjuicios que quedan como consecuencia de esas nuevas políticas van a ser enfrentados por la sociedad civil, la verdadera perjudicada, sea por el delito, sea por el enfrentamiento a él.

La doctrina mayoritaria parece estar de acuerdo en que el sistema penal de excepción que está siendo alimentado ya hace más que una década se sostiene en el Derecho penal del enemigo, al cual ya nos hemos referido en algunos otros momentos¹⁰¹⁴. Esta idea se extrae de los numerosos ámbitos en los que el legislador ha establecido condiciones punitivas más severas para determinados grupos de delincuentes, importando para ello más las características del autor y la repercusión mediática de los hechos, que la gravedad de los mismos o la violencia que representan.

1. Instrumentalización de la resocialización y orientación hacia otros fines de la pena

Siguiendo esta racionalidad política, las reformas analizadas terminaron por evidenciar la inexistente reflexión del legislador en torno a las consecuencias a las que puede conducir la existencia de reglas contradictorias, tanto en el plano fáctico, es decir, en la ejecución del castigo y la gestión de los establecimientos donde se lleva a cabo, como en el plano teórico, respecto a lo que representan algunas tomas de postura antidemocráticas que ahora se asumen.

Sin embargo, dichas reformas no sólo han afectado a los derechos del condenado, sino también al sistema judicial, cuyo margen de actuación se encuentra

¹⁰¹³ “[...] esta atención a las víctimas es más consecuencia de una utilización populista de los deseos de venganza de éstas y sus familias por parte de partidos políticos y medios de comunicación que de una reflexión pausada en torno a la necesidad de atender a sus necesidades”. FARALDO CABANA, Patricia, “Luces y sombras del papel atribuido a los intereses patrimoniales de la víctima durante la ejecución de condenas por terrorismo”, en *OSLS*, V. 4, nº. 3, 2014, p. 446.

¹⁰¹⁴ “No otros son los motivos que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad a los condenados por delitos de terrorismo, incluyéndose a los delincuentes organizados en un intento fútil de enmascarar que se crea un subsistema penitenciario de excepción para terroristas”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 456.

muy comprometido en lo relativo al control de la ejecución del castigo. En este sentido, la reforma de 2003, al introducir los más diversos requisitos para la progresión al tercer grado y la concesión de beneficios penitenciarios ignorando las realidades criminológica y penitenciaria del país, alejó de las manos de la justicia las decisiones acerca del tratamiento individualizado y regaló a los responsables de la gestión de los establecimientos los perjuicios, los problemas y la presión que de la mera contención de individuos puede resultar.

Parece evidente que la limitación de la discrecionalidad judicial demuestra la falta de confianza, por parte del legislador, en los profesionales encargados de la ejecución del castigo. Sin embargo, no parece mínimamente razonable que el poder legislativo, a fin de reforzar el impacto de la nueva política punitiva o de evitar repercusiones mediáticas frente a la liberación de encarcelados peligrosos, se sienta cómodo reduciendo los márgenes de actuación de otro poder, el cual debería encontrarse en un nivel de paralelismo jerárquico frente a los demás¹⁰¹⁵.

Estamos convencidos de que la divulgación de noticias respecto a la excarcelación de condenados con un perfil rechazado por la colectividad genera un sentimiento general de alarma social, de injusticia, de fragilidad frente a la criminalidad, de benevolencia excesiva por parte del Estado con el delincuente. Estos sentimientos, que se añaden a las características ya mencionadas de la sociedad del riesgo y de la posmodernidad, pueden generar un ambiente de tensión y de revueltas sociales. Críticas y conflictos que la justicia penal y el Estado no desean tener que administrar¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ “De la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003 se derivan sin dificultad la profunda desconfianza por parte del legislador en la labor jurisdiccional y en las funciones que desarrolla Instituciones penitenciarias”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 346 (en el mismo sentido en “Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1200). En la misma línea se expresa MAQUEDA ABREU: “La desconfianza ante los jueces, bajo el pretexto de garantizar una mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas penales, es también palpable y se manifiesta, de modo muy explícito, en la automaticidad que se pretende imponer a sus decisiones acerca de las penas y su forma de cumplimiento”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, p. 1294.

¹⁰¹⁶ Tiene razón BRANDARIZ GARCÍA cuando pone de manifiesto que “[l]a racionalidad que inspira la L.O. 7/2003 no parece que sea, exclusivamente, la correspondiente a la prevención del delito. Más bien ha de buscarse un complemento para esa racionalidad en otras tendencias. Por una parte, en la de procura de legitimación institucional –que se exaspera en el caso de la criminalidad terrorista–,

Esa nueva cultura político-criminal ha instrumentalizado los fines de la pena, en especial de la resocialización, prevista y exigida constitucionalmente, ahora utilizada como argumento para justificar lo que no parece justificable. Porque desde luego supone una instrumentalización de la resocialización que desde la LO 7/2003 se exija la “colaboración con las autoridades” o la “petición de perdón a la víctima”, conseguidas precisamente bajo la presión del Estado, como demostración de que el sujeto se ha alejado de las actividades terroristas, es decir, como prueba de que se ha resocializado y de que ahora respeta los bienes jurídicos que antes ignoraba.

Como es sabido, los beneficios penitenciarios, además de ser favorables a la reinserción, valorizan y estimulan el comportamiento del condenado, así como la práctica de actividades mentalmente saludables durante la aplicación de la pena. Son además importantes para el mantenimiento del orden dentro del establecimiento bajo la motivación del retorno a la libertad plena¹⁰¹⁷. Una vez que ese tipo de política deja de ser empleada, los establecimientos se convierten en depósitos de delincuentes sin control y sin esperanza, lo que puede ser demasiado peligroso, no sólo para los demás condenados y funcionarios del establecimiento, sino también para la sociedad, que recibirá de vuelta, aunque después de mucho tiempo, individuos muy probablemente problemáticos y psicológicamente destruidos.

Precisamente pensando en el futuro y en el control de los conflictos sociales es preferible que un individuo condenado por delito o delitos graves sea acompañado por la justicia durante la fase inicial del retorno de la excarcelación, a

pues el legislador busca, mediante la adopción de soluciones punitivas de carácter *expresivo*, mostrar a la ciudadanía que es capaz de reafirmar su autoridad frente a la criminalidad, pretendiendo también derivar de ello concretos beneficios electorales”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 117.

¹⁰¹⁷ Como señala LÓPEZ PEREGRÍN: “En casos extremos como los que hemos visto, de práctica prisión perpetua, no sé qué habría de detener a un preso para no matar a su compañero de celda”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 15. De acuerdo con la opinión de FARALDO CABANA respecto del tema en cuestión, la reforma “impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respecto al orden público dentro del establecimiento penitenciario”. FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 330. Como dice MANZANARES: “La valoración de la conducta carcelaria en la obtención de la libertad condicional como cuarto grado de la clasificación en nuestro sistema de individualización científica constituye, por decirlo así, un atavismo poco acorde con el espíritu del nuevo sistema. Se trata probablemente de que los funcionarios conserven un arma muy poderosa para el mantenimiento del orden en el centro penitenciario”. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *AP*, nº. 7, 2003, p. 205.

ser dejado en libertad abruptamente, después del transcurso de un larguísimo período de reclusión, sin haber tenido la oportunidad de reconstruir sus lazos y bases emocionales y sociales. Y es por esa razón que la doctrina, de forma general, apoya la posibilidad de progresión en grado y los permisos de salida, aun en casos de terroristas y delincuentes por convicción, independientemente de que los mismos tengan o no la capacidad o el interés en alcanzar algún proceso de resocialización¹⁰¹⁸.

Lo que el legislador no parece haber racionalizado es que mientras se utiliza la concesión de beneficios legalmente previstos a cambio de esta “resocialización”, además de ignorar el sentido de esta palabra, está pervirtiendo una orientación constitucional dirigida a la minimización de los problemas provenientes del castigo y está desperdiciando la oportunidad de someter al condenado a determinadas actividades que podrían ayudarle a prepararse para la vuelta a la libertad¹⁰¹⁹. Porque, si bien es verdad que, al abandonar las actividades terroristas, el delincuente se aleja del medio y de las acciones que dieron causa a su condena, también es verdad que éste debe ser un proceso natural, proceso en el que el poder público no tiene capacidad de influir. Una resocialización forzada no puede conducir al individuo a rehabilitarse para una vida libre, equilibrada y adecuada a la legislación.

Y lo que no tiene, desde luego, sentido es que el Estado intente intervenir incentivando la artificialidad en lo que se consideran signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, lo que, además de parecer una exigencia inmoral, suena, en palabras de FUENTES OSORIO, como “la imposición

¹⁰¹⁸ En ese sentido, defienden CID y TÉBAR VILCHES que “[...] si se quiere proteger a la sociedad frente a la comisión de nuevos delitos no debe excluirse a los delincuentes de alto riesgo de la libertad condicional, pues el regreso escalonado a la comunidad ofrece más garantías para reducir la reincidencia que la liberación sin ningún tipo de seguimiento”. CID, José/ TÉBAR VILCHES, Beatriz, “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, en *REIC*, nº. 8, 2010p. 13. En el mismo sentido, señala LÓPEZ PEREGRÍN: “[...] algunas estadísticas parecen demostrar que quienes siguen un sistema de individualización científica reinciden mucho menos que aquéllos que recuperan bruscamente la libertad”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 15.

¹⁰¹⁹ “[...] no se puede condicionar la resocialización individual al genérico requisito del repudio y a la «petición del perdón». Con ello, el legislador convierte la resocialización en una cuestión de fe y de confianza en el modelo de otro, se comparta o no el modelo. Este último requisito es intentar resocializar a la fuerza al estilo del positivismo criminológico italiano: ha de tenerse en consideración que resocialización no significa hacer prevalecer ningún credo sobre otro”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1216.

coactiva de la ideología dominante y una obligatoria negación de la propia ideología”¹⁰²⁰. Lo que se encuentra tras la exigencia de la satisfacción de estos requisitos son fines discriminatorios y autoritarios¹⁰²¹, además de la intención de imponer al condenado por convicción la aceptación de aquella forma de Estado que rechaza, aunque sea contraria a su formación intelectual o cultural, sometiéndolo no sólo al abandono o la renuncia de la comisión de actos violentos, sino principalmente interfiriendo en su libertad de pensamiento¹⁰²². En ese sentido,

¹⁰²⁰ FUENTES OSORIO, Juan Luis, en *InDret*, 2011, p. 6. En el mismo sentido, según BRANDARIZ GARCÍA, “[...] ese endurecimiento supera un límite que un Estado de Derecho no debería rebasar: se penetra en la disposición moral del infractor, que debe acometer una suerte de arrepentimiento, y de renuncia expresa no sólo a su actividad delictiva, sino incluso a su conciencia”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 113. También está de acuerdo con esta idea, ACALE SÁNCHEZ, María, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 366. Sin embargo, las opiniones son bastante diversas respecto de este tema. La doctrina mayoritaria defiende que esas medidas representan barreras inaceptables al alcance de los beneficios penitenciarios por parte de los condenados, opinión con la que coincidimos. En contra se manifiesta sin embargo, por ejemplo, ESPINA RAMOS, quien, partiendo de que el terrorista es difícilmente resocializable, sostiene que resulta más segura la no concesión del beneficio: “Frente a quienes entienden excesivas estas exigencias, hay que señalar que difícilmente podremos entender que existen expectativas efectivas de reinserción en la sociedad de quienes, tras haber cometido tan graves crímenes como son los de terrorismo o los cometidos a través de organizaciones criminales, no se encuentren ni tan siquiera en disposición de dar este paso. Si sus propias ideas o la presión de su entorno les impide hacer esta declaración, entonces ello deviene prueba evidente de que su tratamiento no ha dado el fruto deseado y, sobre todo en el caso del terrorista, que estos internos están ante el peligro cierto de volver a recaer en la bárbara ideología que les llevó a delinquir, por lo que lo procedente sería la no concesión del beneficio”. ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, en *RDPP*, nº. 11, 2004, pp. 34 y 35. No podemos compartir esa opinión. Como indica FARALDO CABANA, el legislador “se olvida que no se trata de someter al penado a un «lavado de cerebro», pues la resocialización ha de limitarse estrictamente a lograr que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos, pero sin intentar que asuman como propios valores o creencias que no comparten. Se trata, pues, del respeto aséptico a los bienes jurídicos, no la aceptación sincera de los mismos como algo necesariamente positivo”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 454 (en el mismo sentido en DÍAZ PITA, María del Mar/ FARALDO CABANA, Patricia, en *RDPP*, 2002, pp. 125 y 126).

¹⁰²¹ Como recuerda BRANDARIZ GARCÍA, no se exige el mismo nivel de transformación ideológica y del comportamiento a condenados por crímenes de otro perfil. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, pp. 112 y 113. En el mismo sentido se manifiesta LÓPEZ PEREGRÍN: “Porque lo que me parece realmente grave de la reforma es su insistencia en diferenciar entre dos clases de delincuentes: basta releer el apartado que describe las modificaciones introducidas por la nueva ley y observar cuántas veces se establecen excepciones al régimen general para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Se olvida que el establecimiento de reglas diferentes para un determinado tipo de delincuentes supone una infracción del principio de igualdad”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 13.

¹⁰²² Como dice FARALDO CABANA, “[s]e premia esa opción ideológica, como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de Derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional”. FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 326. En el mismo sentido, señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: “Este [el derecho penal] debería limitarse a la protección de bienes jurídicos mediante la evitación de futuros delitos,

estamos de acuerdo con los sectores de la doctrina que defienden la imposibilidad de que un Estado democrático transforme las convicciones ideológicas de un individuo, una vez que el sistema político permite la lucha por sus objetivos de forma pacífica y democrática¹⁰²³.

El propio RADBRUCH, contrario a las medidas correctivas para delincuentes por convicción, sostenía ya que la expectativa de mejora de los mismos debía ser abandonada, una vez que el individuo actúa basado en “motivos preponderantes”¹⁰²⁴, sosteniendo por ello que, en vez de procurar imponer al delincuente referencias morales supuestamente superiores a las suyas, a lo mejor lo que se debería intentar es enseñarle que hay una forma mejor o, por lo menos, legal de luchar por sus intereses¹⁰²⁵.

Otra de las exigencias específicas para los delincuentes terroristas es la colaboración con las autoridades policiales y judiciales, especialmente en relación a

sin entrar en cambio en consideraciones como la promoción de la contrición moral del culpable o la retractación de sus posiciones ideológicas —recordemos que éstas pueden ser legítimas, lo ilícito es el recurso a medios ilícitos para perseguirlos—. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, p. 27.

¹⁰²³ “[...] una *resocialización democrática* no puede pretender un cambio de convicciones internas y sólo debe buscar que el sujeto lleve en el futuro una vida sin delito. Esto significa que para estos presos, sólo se puede pretender que intenten luchar por sus convicciones políticas dentro del juego democrático, sin el uso de la violencia, no se puede pretender un cambio ideológico, ni político”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, en *JD*, 1999, p. 30 (la cursiva pertenece al original).

¹⁰²⁴ RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción” (1924), trad. José Luis Guzmán Dalbora, en *RECPC*, nº. 7, 2005, p. 4. Para ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “[e]s indudable que la resocialización para sujetos que han renegado de hecho del Estado democrático con el uso de la violencia, presenta serias dificultades para su realización. Estamos frente a los llamados ‘delincuentes por convicción’ o criminales con una conciencia diferente a la consensuada, para los cuales existe una disidencia frontal hacia la sociedad de referencia a la que se pretende reinsertar. A esto se unen los posibles amedrentamientos que pueden sufrir los sujetos que intenten salir de las organizaciones cerradas como son las terroristas”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, en *JD*, 1999, p. 30.

¹⁰²⁵ “Decisiva es la consideración de que ciertos fines de la pena tienen que ser descartados frente al delincuente por convicción. Tal vez quepa convencerlo de algo mejor; pero pretender ‘mejorarlo’, eso nunca jamás. Corrección y retribución presuponen una superioridad moral del Estado legitimado a penar sobre los delincuentes, necesitados de corrección o dignos de retribución —y frente al delincuente común, en correspondencia a su individualidad propia, mejor y más avisada, existe, de hecho, una superioridad semejante, que hay que reconocer—. En cambio, el delincuente por convicción es alguien que ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino sólo uno que —rebatible o no— piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas”. RADBRUCH, Gustav, en *RECPC*, 2005, pp. 3 y 4. En el mismo sentido, GIMÉNEZ GARCÍA, acertadamente, defiende que el tratamiento penitenciario debe procurar someter el individuo a “procesos de reflexión y autocrítica”, no sólo en cuanto a su conducta, sino también en relación a la realidad social. GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, “Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes”, en *JD*, nº. 30, 1997, p. 23.

la atenuación de los efectos generados por su delito, a la identificación, captura y procesamiento de otros participantes del grupo y a la evitación de nuevos hechos delictivos.

Sin embargo, como bien señala ACALE SÁNCHEZ, estar resocializado y querer colaborar con las autoridades son cuestiones bastante distintas¹⁰²⁶. Del mismo modo que tampoco pedir perdón a la víctima significa necesariamente arrepentimiento.

Exigir la delación, además, tampoco parece que vaya a dar mucho resultado en la mayoría de los casos ya que, cuando ésta se exige (por ejemplo para acceder a la libertad condicional tras el cumplimiento de tres cuartas partes de una condena a pena de prisión que puede ser muy larga), no parece que las informaciones que se venga a conseguir vayan a tener ya mucha utilidad¹⁰²⁷. Más bien al contrario, lo que puede suceder es que el condenado, por la angustia de alcanzar cualquier beneficio penitenciario, preste informaciones falsas e involucre a individuos que no tengan ninguna participación en las acciones terroristas. Así que las informaciones que preste necesitan ser consideradas con suficiente cautela, precisamente para que no sean inculpadas personas inocentes o protegidas las responsables¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ Para ACALE SÁNCHEZ, aunque el condenado no tenga ya la intención de cometer delitos, no se le puede exigir que colabore con las actividades policiales y judiciales. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 366 y 367. En el mismo sentido, LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, p. 16.

¹⁰²⁷ Estamos de acuerdo con LÓPEZ PEREGRÍN cuando pone de manifiesto que “[...] la introducción de los requisitos de satisfacción de la responsabilidad civil y colaboración con las autoridades impedirá en la práctica (en los escasos supuestos en que quepa) el acceso al tercer grado y la concesión de la libertad condicional, pues, de un lado, las indemnizaciones son en muchos casos imposibles de pagar o garantizar y, de otro, poca colaboración puede darse a las autoridades tras diez o veinte años de permanencia en prisión”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 17. Además, como señala LLOBET ANGLÍ, “[...] si un condenado por un grave delito de terrorismo colabora con las autoridades al poco tiempo de su ingreso en prisión, todavía pasarán muchos años antes de poder acceder al tercer grado. [...] Por lo tanto, la existencia del periodo de seguridad tendrá el efecto contrario al interés de la colaboración: si el premio por la ayuda es obtener el tercer grado muchos años después, no parece que haya ningún incentivo para que tal conducta se lleve a cabo cuando el sujeto puede aportar información relevante, sino cuando haya cumplido la mitad de su condena”. LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, p. 15.

¹⁰²⁸ Así, por ejemplo, para CUERDA ARNAU, a través de esta figura jurídica “[...] se incrementa indirectamente el riesgo de falsas acusaciones, pues al convertir la colaboración en el paradigma del ‘arrepentimiento’ ésta es la única conducta que le queda al sujeto para acreditar la realidad de su abandono”. CUERDA ARNAU, María Luisa, “El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna”, en *EPC*, nº. 25, 2004, p. 24.

Por otro lado, la participación en una organización terrorista no significa conocer profundamente todos los planes de ataque, las futuras víctimas elegidas, ni a los demás participantes o a quienes financian la organización, así como tampoco se puede esperar que los individuos capturados sean siempre los líderes ésta. Más bien al contrario, a menudo los individuos que se exponen lo suficiente para ser alcanzados son los menos informados y los menos poderosos.

Condicionar la progresión de régimen a las informaciones ofrecidas por el terrorista puede resultar en beneficio de aquellos individuos que saben más, es decir de aquéllos mejor relacionados y que estén mejor posicionados dentro de la escala jerárquica del grupo u organización, lo que, según FARALDO CABANA, “constituye una lógica inconstitucional y criminógena”¹⁰²⁹.

Y, en cualquier caso, el legislador ha ignorado que entre esos sujetos también se encuentran, especialmente tras las reformas de 2015, sujetos considerados por la legislación como terroristas pero que no forman parte de ninguna organización o grupo, sino que actúan individualmente, o que incluso son miembros de movimientos sociales afectados por la ampliación del concepto de terrorismo, lo que convierte en imposible para estos individuos la realización de la referida exigencia, por el simple hecho de que no poseen absolutamente ninguna información para ofrecer al Estado¹⁰³⁰.

Por otro lado, tampoco cabe olvidar que, en el caso de que sí se posea información, colaborar con las autoridades significa traicionar al movimiento, al

¹⁰²⁹ FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 328. En el mismo sentido, CUERDA ARNAU entiende que se dificulta el acceso al beneficio penitenciario para aquéllos que “han ocupado las capas más bajas de la organización o quienes, de hecho, ya mantienen vínculos más débiles”. CUERDA ARNAU, María Luisa, en *EPC*, 2004, p. 24. En sentido similar se manifiesta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, aunque en relación a la colaboración de los coimputados durante el proceso: “[...] al premiar la colaboración podrán beneficiarse de ellas en mayor medida los integrantes de los niveles superiores de la organización, que tienen mayor información que ofrecer, frente a los subordinados [...]”. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, en *RECPC*, 2005, p. 9.

¹⁰³⁰ En relación ya a la regulación vigente antes de las reformas de 2015, sostenía FARALDO: “No se tiene en cuenta que la alusión a los delitos de terrorismo [...] incluye delitos cometidos por quienes no pertenecen a organización o grupo terrorista alguno, como sucede con los arts. 576 bis, 577 o 578 CP, de manera que resultan absurdos o imposibles de cumplir los requisitos que se les impone para acceder al tercer grado. [...] Por no olvidar que quienes no son miembros de la organización o grupo terrorista difícilmente podrán ofrecer algún dato relevante”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 455.

grupo y a la ideología con la cual el individuo tiene afinidad y que esa falta de lealtad podría exponer al condenado a represalias¹⁰³¹.

Desde el punto de vista del Estado, sin embargo, como pone de manifiesto CUERDA ARNAU la principal finalidad de la delación no sería tanto la obtención de información, como la quiebra de la cohesión del grupo. Pero para conseguir alcanzar tal finalidad es importante que la contrapartida sea positiva para el delincuente, lo que no se percibe en la reforma analizada. Como afirma CUERDA en referencia a la LO 7/2003, la exigencia de delación establece una relación mucho más represora que premial, más comprometida con los fines preventivos especiales negativos y con la retribución, que con la real prevención del terrorismo, lo que podría alcanzarse en cierta medida, en su opinión, a través de la desarticulación del grupo y de la quiebra de la complicidad de sus miembros¹⁰³². Porque actualmente la delación, con todas sus consecuencias negativas, sólo concede al sujeto (si cumple las demás exigencias) un beneficio al cual ya tendría derecho antes de la reforma de 2003¹⁰³³.

Como ya explicamos, hay que tener en cuenta además que las mismas exigencias, ya cumplidas para el acceso al tercer grado, vuelven a requerirse después para la concesión de la libertad condicional. Al respecto, el legislador no deja claro qué orienta la concesión o no de la libertad condicional en los casos en que el condenado ya haya colaborado activamente en el momento de la progresión al tercer grado. Tampoco dice qué hacer si todas las informaciones que podían ser

¹⁰³¹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 939; BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 95.

¹⁰³² “Pero, claro, para que la previsión normativa cumpla ese servicio, debe estar configurada, en primer lugar, como un mecanismo premial y no sancionador y, en segundo lugar, debe posibilitar que los que están verdaderamente dispuestos a abandonar la violencia como medio de lucha hagan lo único que están en condiciones de hacer y lo único que un Derecho penal democrático puede legítimamente exigirles”. CUERDA ARNAU, María Luisa, en *EPC*, 2004, p. 34. En el mismo sentido, señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: “Debemos hacer notar que la colaboración no se incentiva mediante la concesión de un beneficio –técnica que sí podríamos considerar legítima dentro de ciertos límites–, sino mediante la evitación de un perjuicio, en ambos casos, dado el contexto, nos referimos a beneficios y perjuicios en el régimen de ejecución de la pena privativa de libertad”. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, en *REIC*, 2005, p. 27.

¹⁰³³ En ese sentido, se manifiesta críticamente SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: “No se está ofreciendo al condenado una oportunidad para recibir a cambio de su colaboración un beneficio penitenciario sino que la colaboración se instituye en el único medio que permite evitar la aplicación de un régimen penitenciario de excepcional rigor y divergente del indicado para el condenado de conformidad con los principios que rigen el régimen general de cumplimiento penitenciario y en particular con el principio constitucional de orientación de la pena privativa de libertad a la reinserción social del condenado”. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, en *REIC*, 2005, pp. 27 y 28.

ofrecidas ya fueron dadas en el paso anterior. Queda la duda entonces de si el condenado debe ofrecer solamente algunas informaciones en el primer momento y guardar las demás para la concesión de la libertad condicional, si es aceptable la repetición de las informaciones o si se entiende (como sería lo más razonable) que el cumplimiento de esta exigencia en la progresión al tercer grado ya es suficiente para la concesión de la libertad condicional. En el mismo sentido, tampoco se explica cómo actuar frente a un delincuente que ya haya demostrado su alejamiento de los fines terroristas o ya haya pedido perdón a la víctima en otro momento.

Los nuevos criterios para el acceso a la libertad condicional, y el hecho de que se les excluya radicalmente de los supuestos de acortamiento de los plazos a dos terceras partes de la condena o a la mitad de la misma, muestran una vez más la presencia del Derecho penal del enemigo en la legislación, confirmada a través de la sumisión de los condenados con un perfil específico a un régimen penitenciario excepcionalmente más severo y desequilibrado respecto del tratamiento dirigido a los delincuentes comunes. Desde nuestro punto de vista, las reformas en esta materia no pueden ser valoradas positivamente, visto que, para los considerados delincuentes excepcionales, con la exigencia de estos requisitos y los plazos introducidos por el art. 78, el legislador está, simplemente, excluyendo la posibilidad de que alcancen la libertad condicional¹⁰³⁴. Además, aunque con esos nuevos criterios sea posible, de hecho, la neutralización del sujeto durante la aplicación de la pena, la ausencia de cualquier proceso de orientación o acompañamiento psicosocial deja una brecha en el tratamiento del condenado, que volverá al medio social sin la experiencia de reinserción promovida por la libertad condicional¹⁰³⁵. Sin duda, es una pésima opción político-criminal, si la meta a alcanzar es la prevención real de la criminalidad y la disminución de la reincidencia.

¹⁰³⁴ Como pone de manifiesto CUERDA ARNAU, “[...] se reitera que los mismos requisitos condicionan el pronóstico favorable de reinserción social, de manera que si a ello añadimos lo hoy dispuesto en el también reformado art. 78 CP se desprende sin dificultad (sic) que la libertad condicional es letra muerta en el Código para la gran mayoría de los condenados por delitos de terrorismo, atacando así frontalmente el fundamento de esta institución”. CUERDA ARNAU, María Luisa, en *EPC*, 2004, p. 30.

¹⁰³⁵ “En efecto, el conjunto de mecanismos de transición entre la situación de prisión y la plena libertad (los permisos, el régimen abierto y la libertad condicional, por citar los más importantes) son el marco más efectivo del que disponemos para motivar y ayudar a la persona a emprender un proceso de cambio”. CID, José/ TÉBAR VILCHES, Beatriz, en *REIC*, 2010, p. 19.

Como ya vimos también, el legislador de 2003 modificó el entonces art. 93, en el sentido de que, para los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y a delitos terroristas, la revocación de la libertad condicional por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la ruptura de las condiciones exigidas para la concesión del beneficio o la práctica de nuevos delitos durante el período de libertad condicional, determinaban que el condenado debiera volver a cumplir la pena a través del encarcelamiento, con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 93.2 y 3, en su redacción de 2003)¹⁰³⁶. Y como ya analizamos, a pesar de las críticas recibidas la reforma de 2015 no sólo ha mantenido este régimen para los sujetos mencionados, sino que lo ha extendido a todos los supuestos (actual art. 90.6 Cp.).

Ello supone en nuestra opinión una evidente infracción del principio *non bis in idem*, dado que, al ignorar el tiempo transcurrido en libertad condicional, olvidando que la misma, aunque cumplida fuera del establecimiento penitenciario, es un grado más del tratamiento, lleva al condenado a cumplir una pena más extensa que la prevista en la sentencia, como señala ACALE SÁNCHEZ¹⁰³⁷.

No obstante lo dicho hasta ahora, el elemento de las recientes reformas que mejor muestra la contradicción entre la nueva orientación político-criminal y el ideal resocializador parece ser el exceso de punitivismo, sobre todo porque el

¹⁰³⁶ Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, aunque no es contrario a la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, criticaba el tratamiento diferenciado reservado a los delincuentes terroristas que regía en ese momento: “Nuevamente debemos expresar nuestra perplejidad con las modificaciones introducidas por la Reforma 7/2003 en relación con las consecuencias de la revocación. Históricamente los textos legales se han inclinado por no restar el tiempo disfrutado en libertad de la pena que queda por cumplir cuando al condenado se le revoca el beneficio. El Código de 1995 introduce un cambio radical, considerando el tiempo pasado en libertad, como tiempo de ejecución, que, en consecuencia, hay que restar. Una u otra son opciones de política criminal igualmente legítimas, pero lo que no puede aceptarse, porque introduce un tratamiento discriminatorio injustificable, es que, tras la mencionada reforma, para unos –los condenados por delitos de terrorismo– se pierde el tiempo pasado en libertad condicional, mientras que, para otros –todos los demás delitos– se sigue restando dicho tiempo”. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, pp. 198 y 199.

¹⁰³⁷ “Semejante disposición supone un desconocimiento absoluto de la libertad condicional: como se decía, a pesar de su discutida naturaleza jurídica, ésta no es más que la última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que el sometido a ella está cumpliendo con su condena a prisión, aunque sea en libertad. Desconocer este dato e ignorar el tiempo pasado en dicho estado, supone violación del principio *non bis in idem* pues se imponen dos penas por el mismo delito: que el incumplimiento de las condiciones puestas para el acceso a la libertad condicional no es delito se pone de manifiesto al no remitirse al delito de quebrantamiento de condena”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 377 y 378.

cumplimiento íntegro instauró ya en 2003 penas muy cercanas a la prisión perpetua¹⁰³⁸, la cual se concretó definitivamente en 2015 por medio de la introducción de la prisión permanente revisable.

En ese sentido, parece tener razón CANCIO MELIÁ cuando observa que el discurso legitimante en favor de la maximización de las respuestas penales contra determinados supuestos en España, no reconoce la quiebra de los principios constitucionales que supone, sino que sigue defendiéndolos, aunque por medio de justificativas que no soportan las más mínimas críticas, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en EE.UU., que admite la excepcionalidad de la guerra y la sostiene bajo la idea de emergencia¹⁰³⁹.

En este escenario, parece evidente que finalmente la pena ha acabado por establecerse como el principal medio de alejamiento de los sujetos indeseables por el mayor tiempo posible. Para la doctrina dominante, sin embargo, las penas de prisión de larga duración producen diversos efectos negativos, sobre todo cuando los lapsos temporales de reclusión continua superan los quince años, porque se entiende que, pudiendo provocar daños graves, y en muchos casos irreversibles, en

¹⁰³⁸ En este sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 7; FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 318; GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 935; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 157; BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, p. 94. A ello se refiere también MANZANARES SAMANIEGO: “El nuevo texto del artículo 76 eleva selectivamente a cuarenta años el techo de la pena de prisión resultante por refundición de condenas, lo que avanza hacia una forma encubierta de prisión perpetua, aunque con posible libertad condicional –la prisión perpetua europea también la prevé– en caso de resocialización suficientemente acreditada”. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, en *AP*, 2003, p. 213. ESPINA RAMOS, por su parte, alega que no hay impedimento constitucional para el aumento del cumplimiento máximo de la pena, aunque defiende que se deben mantener las posibilidades de individualización, lo que no permite la actual legislación. ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, en *RDPP*, 2004, p. 30.

¹⁰³⁹ “Sobre todo porque a diferencia del discurso que parece predominar en los EE.UU. –en el que se reconoce abiertamente que se trata de una «guerra» en la que no importa ni siquiera la apariencia jurídica–, en la vieja Europa (y en España) los agentes políticos que impulsan estas medidas lo hacen bajo el estandarte de una pretendida y total «normalidad constitucional»”. CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, p. 310. Respecto a la insistencia del legislador en sostener un discurso de excepción comparte GARCÍA ARÁN: “No se renuncia formalmente a los principios, pero se establecen continuamente excepciones coyunturales basadas en la idea de peligrosidad y de emergencia aplicada a determinados grupos de sujetos que resultan excluidos de un sistema que, a fuerza de excepciones, deja de ser un sistema garantizador. El sistema se mantiene formalmente pero *no para terroristas, no para inmigrantes, no para reincidentes*, etc., lo que afecta específicamente a la igualdad”. GARCÍA ARÁN, Mercedes, “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, en *RJC*, V. 104, nº. 2, 2005, p. 370 (la cursiva pertenece al original).

la personalidad del individuo, la punición se vuelve inhumana y degradante¹⁰⁴⁰. Además, como pone de manifiesto GARCÍA DEL BLANCO, no hay fundamentos criminológicos que demuestren que penas excesivamente severas (especialmente aplicadas contra delincuentes por convicción, como es el caso de los terroristas) puedan tener algún impacto positivo en relación a la seguridad pública, sino más bien lo contrario¹⁰⁴¹. Es más probable, en efecto, que el exceso punitivo fomente la delincuencia organizada¹⁰⁴² y favorezca la cohesión del grupo¹⁰⁴³.

A la prevención especial negativa se añade el fin preventivo general positivo, es decir, la idea de que, alejando de la convivencia social a los individuos peligrosos, el sistema estaría protegiendo el ordenamiento jurídico y favoreciendo la percepción social respecto de la eficacia de las normas. En este sentido, el período de seguridad y las demás restricciones al acceso temprano a la semilibertad o libertad colaborarían con la restauración de la confianza de los ciudadanos en el

¹⁰⁴⁰ “Téngase en cuenta que hoy se considera comprobado que las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad de recluso, lo que se opone al objetivo de resocialización fijado por el art. 25.2 de la Constitución”. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Barcelona, Reppertor, 2011, p. 699. Más lejos aún llega MAPELLI CAFARENA, cuando afirma que “[l]as investigaciones criminológicas apuntan a que la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad muy difíciles de reparar. Se han descrito numerosos episodios de reducción de las funciones vitales, de desarrollo patológico de la personalidad, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades”. MAPELLI CAFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2011, p. 83. En el mismo sentido crítico frente a la prisión de larga duración, MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 9ª ed., 2015, p. 544; TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, 2003, en <url: goo.gl/cToFYC>, consultado el 27/06/2012, p. 5.

¹⁰⁴¹ GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, p. 937. En el mismo sentido, reitera LÓPEZ PEREGRÍN: “Y si en general no puede afirmarse que un aumento de las penas previstas para un delito (o para el caso de comisión de varios) tenga como consecuencia un descenso de la delincuencia, en relación en concreto a los delitos de terrorismo, o a cualquier otro delito subsumible en lo que se denomina delincuencia por convicción, mucho menos”. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 13.

¹⁰⁴² “[...] ya desde un principio, en el plano empírico de la *eficacia preventiva* frente a esos riesgos terminales, la experiencia en otros países europeos respecto de organizaciones terroristas europeas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra [...] que la aplicación de las infracciones específicamente terroristas -con regularidad, con procesos de reforma puestos en marcha en momentos de especial crisis por la comisión de hechos especialmente significativos- no ha conducido tanto a evitar delitos como ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión, retrasando en cierta medida el proceso de disolución endógeno”. CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008, p. 75.

¹⁰⁴³ Ilustrando la referida opinión, parece interesante lo que añade ACALE SÁNCHEZ, respecto a la severidad de la LO 7/2003: “[...] el hecho de que la reforma tenga en consideración como referente un parámetro de carácter subjetivo sirve para que los delincuentes se identifiquen aún más con su propio colectivo, esto es, para que se radicalicen sus posturas fomentándose en vez de luchar contra la autoprotección del grupo por la marginalización del mismo”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, 2004, p. 1208.

cumplimiento de la ley y ayudarían a recuperar parte del desgaste frente a la opinión pública respecto de la seriedad de la justicia y del compromiso del legislativo con el pueblo¹⁰⁴⁴.

En todo caso, conviene añadir que el retribucionismo también se hace notar en muchos momentos¹⁰⁴⁵. En ese sentido, como acertadamente sostiene GARCÍA ARÁN, la insistencia del legislador en retrasar la excarcelación al máximo lleva mucho de la intención de garantizar un cierto nivel de retribución, que podría verse comprometido por medio de la concesión de beneficios, de permisos de salida o de la libertad condicional¹⁰⁴⁶.

En relación con ello, la imprescriptibilidad, que ahora se extiende a los delitos de terrorismo, también cumple un papel en relación a dicho ideal, precisamente porque se entiende que, agotados los fines preventivos de la pena, aún permanece en la sociedad la latente necesidad de venganza, la cual hoy se satisface no sólo por medio de la condena del enemigo, sino con la segregación del mal.

2. Instrumentalización de la víctima

La doctrina suele entender que el interés del sistema por la víctima, fenómeno que crece con cada reforma ya desde las últimas décadas del siglo XX¹⁰⁴⁷,

¹⁰⁴⁴ Como pone de manifiesto RÍOS MARTÍN: “Uno de los fundamentos que da origen al período de seguridad es la prevención general positiva. Esta función del derecho penal se basa en el refuerzo de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico gracias al mensaje normativo de que las penas superiores a cinco años se cumplirán dentro de la cárcel, sin posibilidad de aplicación de regímenes de semilibertad”. RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Reflexiones sobre la ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva”, en RDPC, 2ª. época, nº. Extraordinario 2, 2004, p. 112.

¹⁰⁴⁵ “A simple vista, en la retorcida aritmética penal que contiene el sistema, predomina la obsesión retributiva. Se pretende que el tope de cumplimiento de cuarenta años se cumpla efectivamente ante la imposibilidad física de que se cumpla el total de la pena impuesta si ésta supera la esperanza de vida”. GARCÍA ARÁN, Mercedes, en *RJC*, 2005, p. 384. Al respecto, también se manifiesta ACALE SÁNCHEZ: “No se puede pretender alcanzar el fin constitucional mencionado cuando se condiciona la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario a 32 años en primero y segundo grado y la libertad condicional al cumplimiento efectivo de 35 años [...]. La finalidad pues no es la reinserción, sino el castigo”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1219.

¹⁰⁴⁶ “Es decir, aunque el régimen abierto resulte indicado dadas las circunstancias personales del condenado, no podrá otorgarse hasta que se haya expirado la mitad del castigo. Esta consecuencia responde la pregunta de qué pretende *asegurarse*, con el citado periodo de *seguridad*. Obviamente, se trata de asegurar un mínimo retributivo situado en la mitad de la pena, que se considera irrenunciable y prioritario respecto de las posibilidades de reinserción social”. GARCÍA ARÁN, Mercedes, en *RJC*, 2005, p. 390.

¹⁰⁴⁷ Como pone de manifiesto DEMETRIO CRESPO: “Ello se presenta, en cierto modo, como una «euforia» que recae sobre la víctima, y que viene a reemplazar a la euforia de los años 60 fijada en la

debe ser valorado positivamente, sobre todo si su papel se centra en su intervención en la resolución de conflictos, la reconciliación y la minimización de los daños resultantes de la victimización.

En todo caso, hay que tener en cuenta a la hora de observar este fenómeno que la pena desde el punto de vista de la víctima contiene principalmente el fin retributivo, natural y característico de su condición, además de la función simbólica, relativa a la atribución de culpa por el delito, una vez que, como pone de manifiesto HASSEMER, la imposición del castigo en un caso concreto supone la definición de un comportamiento como injusto¹⁰⁴⁸ y es la constatación de que la víctima ha sido dañada, lo que aleja su responsabilidad por el resultado¹⁰⁴⁹. En efecto, como ha señalado ese autor, la reparación que desea la víctima no se limita a la recuperación de los perjuicios materiales fácilmente reemplazables, sino que, principalmente, exige que su condición de víctima sea reconocida, su rehabilitación, promovida y su voz, oída. Esas exigencias hoy forman parte de un movimiento muy complejo respecto al endurecimiento de los castigos, precisamente porque a menudo la víctima, en lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito promovidas contra su ofensor, no está exenta de un interés por transferirle las frustraciones y los sentimientos de venganza que forman parte de la atmosfera que le rodea, lo que lleva a la sobrevaloración de los fines retributivos e incapacitadores del castigo en relación a la resocialización o la intimidación¹⁰⁵⁰.

resocialización del autor". DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", en *RDPC*, 2ª. época, nº. 14, 2004, p. 100. El crecimiento del interés por la víctima también es comentado, entre otros, por RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, en *RDPC*, 2004, pp. 129 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal", en *JD*, nº. 57, 2006, p. 33; TAMARIT SUMALLA, Josep María, 2003, en <url: goo.gl/cToFYC>, consultado el 27/06/2012, p. 15.

¹⁰⁴⁸ "[...] la satisfacción o la reparación a la víctima no solo significa la reposición material del daño causado; con la reparación a la víctima se hace referencia también a algo normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente)". HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, p. 198.

¹⁰⁴⁹ PRITWITZ también entiende que la pena es una eximente de la responsabilidad de la víctima. Como pone de manifiesto el autor, "[l]a pena no puede y no debe intentar compensar a la víctima, pero ésta puede y debe prevenir un daño adicional a ella. La pena logra esto mediante la declaración pública de que la víctima es la víctima de un *delito* más que la víctima de un accidente, una catástrofe —o quizás aún la víctima de su propio descuido u otras deficiencias". PRITWITZ, Cornelius, "La resurrección de la víctima en la teoría penal", en *RGDP*, nº. 4, 2005, p. 13.

¹⁰⁵⁰ "Todo esto, como sentido de la pena, es algo muy diferente a la resocialización y la intimidación. Y es aplicable no sólo al caso de la criminalidad de Estado -aquí es sólo donde se manifiesta con más

A la vista de sus posibles interferencias y de la presión que pueda ejercer sobre quienes ostentan el poder legislativo y judicial, es importante mantener a la víctima a una cierta distancia de las decisiones relativas al futuro del condenado, para que no invada el espacio reservado al Estado en relación al ejercicio de su *ius puniendi*, manteniéndolo imparcial y alejado de los sentimientos de venganza y reproche social¹⁰⁵¹.

Desgraciadamente, el desaconsejado acercamiento entre dichos actores ha promovido una indeseable interacción entre ambos, lo que viene teniendo consecuencias en sucesivas reformas, que, de un modo o de otro, procuran atender muchos de sus intereses.

Fue la LO 7/2003 la que primero legitimó la participación de la víctima en momentos inoportunos, tanto para opinar respecto de la ejecución penal, en lo que se refiere a la concesión de beneficios penitenciarios y de progresiones de régimen (de acuerdo con el espacio intencionalmente dejado por el legislador a la intervención de las “demás partes” en la versión de los arts. 36.2, 78.3, 91.1 y 91.2 que incorporó esta ley, y cuyo contenido se mantiene actualmente en los arts. 36.2, 78.2 y 90.2), como para ser objeto de la petición de perdón que se exige al condenado terrorista como signo de resocialización. Y esta participación se amplió tras la reforma de 2015 (véase, el art. 36.3, relativo a la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios; el art. 86.4, en materia de suspensión; o el art. 89.3, sobre expulsión de extranjeros). Orientaciones punitivas

fuerza- sino que sirve para todo el ámbito de la pena estatal. Ello se demuestra en cuanto se supera el ejemplo en concreto y se profundiza en los aspectos generales que dicho ejemplo sugiere”. HASSEMER, Winfried, en *RDPC*, 1999, p. 323.

¹⁰⁵¹ Como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, “[t]ampoco debe conducir un excesivo interés en proteger los derechos de las víctimas a una ampliación desmesurada del Derecho penal, penalizando actos en estadios aún muy alejados de la lesión del bien jurídico, o no muy bien definidos o difícilmente definibles, o imponiendo penas draconianas o desproporcionadas, buscando por esta vía una disuasión intimidatoria que es más bien de carácter vindicativo simbólico que una auténtica solución al problema de la víctima”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 148. En el mismo sentido, pone de manifiesto DíEZ RIPOLLÉS: “Los grupos de presión de víctimas, o de colectivos a ellas ligados, en la medida que se ocupan de determinar cambios legislativos penales defienden legítimamente lo que han identificado como sus intereses. Pero no han de poseer un estatus privilegiado, ni en el debate social ni en su influencia sobre la decisión legislativa a adoptar”. DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *JD*, 2006, p. 33 (la cursiva pertenece al original).

que, desde luego, permiten la adopción de la decisión penitenciaria de acuerdo con sus intereses¹⁰⁵².

Tiene razón ÁLVAREZ GARCÍA, además, cuando señala que el papel de las víctimas está siendo especialmente sobrevalorado en los delitos relacionados con el terrorismo¹⁰⁵³ y, en ese sentido, entendemos que no sería injusto responsabilizar, por lo menos en parte, a los medios de comunicación por la exagerada atención que prestan a los hechos criminales de esa naturaleza, mientras ignoran o no le dan el valor debido a otros delitos muchas veces aún más graves, más comunes y, quizás, más amenazantes.

En cualquier caso, si por un lado se ofrecen a la víctima aparentes respuestas a sus exigencias, por otro lado es difícil que las medidas en cuestión promuevan resultados reales, sea para su satisfacción o para su reconciliación con el autor, sea para la prevención de nuevos delitos. Siguiendo la línea crítica en la cual ya nos hemos manifestado en este texto más una vez, entendemos que resulta problemático condicionar beneficios penitenciarios de contenido resocializador, fin garantizado por el régimen democrático y legitimado por la Constitución, al cumplimiento de exigencias que de hecho sólo sirven para obstaculizar la excarcelación y que, abiertamente, colocan los intereses de ambas partes en confrontación¹⁰⁵⁴.

Precisamente en lo que se refiere a la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para acceder al tercer grado o a la libertad condicional, parece significativo el hecho de que, en las penas de larga duración, que son las que precisamente interesan a los delitos de terrorismo, el condenado difícilmente tendrá

¹⁰⁵² Sobre la referencia a que sean oídas las «demás partes» en el art. 78, tienen razón MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN cuando señalan que “[...] parece atribuir a las víctimas un cierto derecho al cumplimiento efectivo de la pena, aunque, obviamente, carecen de él”. MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 2015, p. 592.

¹⁰⁵³ Para este autor, la influencia de las víctimas terroristas “[...] ha sido, y es, tanta que ha determinado, incluso, la legislación —especialmente en relación a la ejecución penal—, y pretenden, en concreto, ‘pilotar’ el proceso de paz con la banda terrorista ETA [...]”. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en *JD*, 2006, p. 22.

¹⁰⁵⁴ “Extraño dispositivo de conciliación es aquel que enfrenta el destino de la víctima y el del infractor, de modo que la satisfacción de aquella aparece como límite impeditivo de las legítimas expectativas de este; más extraño resulta si se tiene en cuenta que ese protagonismo de la víctima concurrirá tras haber transcurrido años, incluso décadas en muchos casos, de la comisión y enjuiciamiento del hecho delictivo, lo que supondrá una perpetuación inadecuada de su rol de víctima, e incluso podría conducir a su victimización sobrevenida”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 111.

acumulado el patrimonio necesario para tal satisfacción¹⁰⁵⁵ y, por esa razón, la doctrina entiende que la insolvencia no debería dificultar el acceso a la semilibertad o a la libertad condicional¹⁰⁵⁶, de la misma forma que la víctima no debería poder dificultar el acceso a ningún derecho por parte del condenado¹⁰⁵⁷.

A fin de evitar problemas de ese orden, proponía ya tras la entrada en vigor de la reforma de 2003 LANDROVE DÍAZ una interpretación más amplia de la norma, sosteniendo que lo más correcto sería valorar “la voluntad de hacer frente a dicha responsabilidad”¹⁰⁵⁸, teniéndose en consideración la situación económica del sujeto. Éste parece ser, en cualquier caso, el sentido en el que habría que interpretar la referencia del propio art. 72.5 LOGP cuando establece que, en relación a la responsabilidad civil hay que considerar “las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer(la)”. Y parece ser la línea adoptada por el legislador de 2015, que introdujo en el art. 80.2 Cp. la previsión, a efectos de suspensión de la pena, de que este requisito se entenderá cumplido “cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine”, pudiendo el juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. Y ya dijimos que, en nuestra opinión, esta interpretación debía extenderse ahora también a la libertad condicional.

Sin duda, la compensación pecuniaria es extremadamente relevante para minimizar los perjuicios de la victimización, no sólo para casos de terrorismo, sino

¹⁰⁵⁵ “Ahora bien, al respecto hay que señalar que estamos hablando de sujetos que ya llevan un cierto tiempo en prisión, y dentro de la prisión es difícil generar ingresos”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 450. En este mismo sentido se manifiestan LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, en *REIC*, 2003, p. 8; GARCÍA ARÁN, Mercedes, en *RJC*, 2005, p. 390.

¹⁰⁵⁶ Véanse, entre otros, FARALDO CABANA, Patricia, en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 324; RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, en *RDPC*, 2004, p. 126; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, 2007, p. 109.

¹⁰⁵⁷ Estamos de acuerdo con HASSEMER y MUÑOZ CONDE cuando defienden que “[l]a satisfacción de los derechos de las víctimas no puede, en consecuencia, suponer ninguna limitación a estos derechos del imputado, primero, y del condenado, por ejemplo, a una pena privativa de libertad, después”. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 148. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, en *JD*, 2006, p. 35.

¹⁰⁵⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, en *EPC*, 2004, p. 136.

para toda víctima. Lo que parece problemático, sin embargo, es el condicionamiento de un beneficio penitenciario a la satisfacción de un interés particular, lo cual, como sostiene FARALDO CABANA, puede ser solucionado con otros medios que no sean los penales¹⁰⁵⁹.

Además, no parece tampoco aceptable que se privilegie a grupos específicos de víctimas, en concreto a las víctimas terroristas, promoviendo una diferenciación entre éstas y las demás¹⁰⁶⁰. Aunque no es difícil llegar a la obvia explicación de que el origen de ese privilegio se encuentra en la instrumentalización política de las víctimas del terrorismo, sobre todo por quienes buscan ventajas electorales¹⁰⁶¹.

En este tema, tiene razón Díez Ripollés¹⁰⁶² cuando señala que no es aceptable que los grupos de presión o las asociaciones de víctimas de determinados

¹⁰⁵⁹ “En mi opinión, hay que tener en cuenta no solo la insolvencia, sino la disposición mostrada para reparar, como se desprende implícitamente de la alusión a la capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera. Si no fuera así se estaría condicionando la progresión de grado a la satisfacción de intereses particulares que, aunque dignos de tutela, disponen de otros mecanismos de naturaleza no penal para hacerse efectivos”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 450.

¹⁰⁶⁰ “Paradójicamente, y como consecuencia de dicha regulación, el propio legislador ha provocado una distinta valoración de las víctimas de los delitos, a pesar de que son exactamente iguales, con independencia de las características del sujeto activo [...]”. ACALE SÁNCHEZ, María, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1202. Al respecto también se manifiesta FARALDO CABANA: “Y es que cabe preguntarse por qué las víctimas de los delitos de terrorismo merecen un tratamiento especial a este respecto que no se ofrece a las víctimas de cualquier otro delito violento”. FARALDO CABANA, Patricia, en *OSLS*, 2014, p. 454. En relación, en concreto, a la petición de perdón a la víctima, señala LLOBET ANGLÍ: “Además, respecto a la petición de disculpas, vuelve a plantearse el problema de por qué las víctimas del terrorismo tienen más derecho a obtenerla que las restantes”. LLOBET ANGLÍ, Mariona, en *InDret*, 2007, p. 15. En la misma línea se manifiesta TAMARIT SUMALLA: “Además se introduce una exigencia de petición expresa de perdón a las víctimas, aunque, además de lo desafortunado de la expresión, de resonancias moralistas, ello aparece reservado a los supuestos de terrorismo, con lo que se infringe el principio del deontología victimológica que prohíbe establecer tratamientos discriminatorios de distintas clases de víctimas”. TAMARIT SUMALLA, Josep María, 2003, en <[url: goo.gl/cToFYC](http://goo.gl/cToFYC)>, consultado el 27/06/2012, p. 10.

¹⁰⁶¹ “Pero, lo que parece un hecho irrefutable es que debido a las presiones ejercidas por determinados grupos de víctimas, que se han convertido en auténticos *lobbies*, en la actualidad existen víctimas de primera y de segunda, que obedece a los sentimientos de solidaridad que la sociedad tiene sólo respecto a determinadas víctimas. Constamos (sic) que las víctimas han comenzado a ser rentables políticamente, por lo que inicia todo un movimiento de identificación social con las víctimas de determinados delitos”. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Del derecho penal como carta magna de la víctima al programa social del derecho penal en el Estado de Bienestar”, en Pérez Álvarez, Fernando/ Núñez Paz, Miguel Ángel/ García Alfaraz, Isabel (Coords.), en *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 620. En el mismo sentido, BUENO ARÚS critica la sobrevaloración de la víctima de terrorismo sobre las demás y entiende que ese tipo de movimientos en su favor resultan de fines meramente políticos. BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, 2009, p. 108.

¹⁰⁶² Díez Ripollés, José Luis, en *JD*, 2006, p. 33.

delitos obtengan del Estado un *status* privilegiado por el hecho de que el sujeto activo ostente determinadas características que transforman la acción delictiva en algo excepcional, aunque esa atención resulte de una posible deuda moral por parte del Estado para con la víctima, teniendo en cuenta la naturaleza política del delito sufrido¹⁰⁶³.

Siendo optimistas, las posibilidades de reparación deberían tener lugar en toda clase de delitos, siempre voluntariamente, a través de la satisfacción de la responsabilidad civil, de la petición de perdón o de cualquier otra demostración de arrepentimiento o intención de compensar a la víctima o al Estado por el mal provocado, lo que podría ser un elemento facilitador de los beneficios penitenciarios y de las progresiones de régimen. Como señala ROXIN, la reparación, además de aproximar a la víctima al delincuente, abriendo las puertas a una posible reconciliación, en algunos casos puede ser extremadamente eficaz desde el punto de vista de la resocialización, una vez que ese acercamiento puede llevar al condenado a percibir las consecuencias de su comportamiento delictivo y a “fomentar el reconocimiento de las normas”¹⁰⁶⁴.

Tras todo lo visto respecto a la orientación político-criminal asumida por el legislador ya desde 2003, impresiona la intensidad del contenido preventivo incapacitador que se está tratando de promover desde entonces. Por todo lo visto, cabe además concluir que ese movimiento represivo también se relaciona con el exceso de simbolismo atribuido al Derecho penal, pues a través de la mera apariencia se trata de convencer a la sociedad, tanto de que se está haciendo “algo”, como de que el punitivismo es el camino para la solución de todos los males que le afligen¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ En el mismo sentido, dice TAMARIT: “Por otra parte, el estatuto diferenciado puede explicarse por la existencia de una deuda específica del Estado con las víctimas del terrorismo derivada de la naturaleza del acto terrorista, en que la víctima es instrumentalizada como vehículo de agresión contra el Estado”. TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, en *InDret*, nº. 1, 2013, p. 22.

¹⁰⁶⁴ ROXIN, Claus, en *CPC*, 1992, p. 808.

¹⁰⁶⁵ Al respecto, manifiesta MAQUEDA ABREU: “Su carácter simbólico se manifiesta precisamente en eso, es decir, en la finalidad confesada de transmitir a la sociedad un sentimiento de seguridad y confianza en las instituciones, a más de mostrar una actitud solidaria con las víctimas”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1292. También por ello, observa ACALE SÁNCHEZ: “[...] la conclusión que ha de extraerse es que se trata de una muestra más de Derecho penal simbólico: se pretende obtener un beneficio electoral, vendiendo seguridad

CONCLUSIONES

1. Las transformaciones ocurridas en el sistema sancionador y el afán punitivo estatal se deben (al menos en una gran parte) a razones que van mucho más allá de lo que el legislador asume públicamente.

2. Las relaciones que existen entre el mercado, el Estado y la sociedad son complejas, y la dependencia que conecta a todos estos personajes en el juego del poder tiene repercusiones en el ámbito penal. En este contexto, las diversas desregulaciones de las relaciones sociales que han tenido lugar han generado numerosos conflictos, consecuencia del alejamiento del Estado respecto de los temas que de verdad interesan a la comunidad, lo que a su vez ha conducido a la recurrente sensación de desamparo por parte de los ciudadanos frente a la falta de un actor que ejerza la mediación entre la protección de sus derechos y el interés del mercado.

3. Desde el principio de la cadena de causas y consecuencias que van resultando, poco a poco, en reformas penales cada vez más severas, el ciudadano es impactado por las posibilidades, aunque remotas, de victimización, sea por los medios de comunicación, sea por la sensación de inseguridad resultante de las circunstancias sociales relativas a la percepción del riesgo, sea por todo ello combinado. Y la postura natural frente a esas amenazas es reivindicar que la entidad reguladora de las relaciones pueda intervenir en su favor, minimizando los factores que potencian sus miedos. Tales reivindicaciones terminan justificando los castigos excesivos a los que estamos todos sujetos en caso de incumplimiento de la norma.

4. La estrategia de catalogación de los individuos entre ciudadanos y no-personas parece ser muy eficiente para facilitar la aceptación social de medidas punitivas extremas, pues los sujetos a los que las mismas se dirigen no parecen ser los mismos que los que las aplauden.

5. No obstante, lo que se suele interpretar por ansia condenatoria, normalmente atribuida a la sociedad, quizás esté más relacionado con el deseo de

colectiva a cambio de libertades ajenas". ACALE SÁNCHEZ, María, en *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, pp. 1199 y 1200.

una mayor presencia del Estado en la vida colectiva. En ese sentido, la petición de más intervención del poder público en el control de la violencia no necesariamente tiene que concretarse por medio del castigo, sino más bien en la gestión de los problemas sociales que conducen a ella.

6. Lo lamentable de este escenario es que el Estado no se muestra interesado en actuar enfrentándose a las circunstancias que pueden conducir al delito, pues los muchos intereses económicos que, de alguna forma, se benefician del caos social generado por el capitalismo avanzado, no parecen ofrecer libertad al poder público para intervenir.

7. Eso parece explicarse porque actualmente no parece que el mercado o el Estado necesiten en su relación de la mediación de una tercera figura, así que la influencia de la sociedad civil respecto al ejercicio del poder político en su favor se ha deteriorado, posicionándole en una condición de irrelevancia, sobre todo si la comparamos con los beneficios que los demás agentes pueden alcanzar el uno del otro.

8. Por su parte, las características de la sociedad contemporánea, en la que se define más el éxito por el consumo y por las ganancias personales, que por los logros colectivos, favorecen que el Estado se concentre en favorecer los intereses del mercado y que, junto con los medios de comunicación, se dirija tanto a enmascarar la realidad, en muchos aspectos, como a crear fantásticas necesidades y realidades que facilitan la orientación de la masa a los comportamientos deseados por los detentadores del poder.

9. En ese contexto, desde la lógica del fundamentalismo de mercado (*market fundamentalism*), el que el mercado pueda dictar las reglas, definir lo que es importante y organizar las relaciones sociales de acuerdo con sus propios intereses, presupone el alejamiento del Estado, que era quien solía ser responsable de estos referentes. Al respecto, es evidente además que las presiones del mercado globalizado han influido en el reemplazo del poder público.

10. La consecuencia natural de la nueva realidad es la erosión de los derechos de la ciudadanía, la sumisión del individuo a una condición de precariedad y la propagación tanto de una idea de valoración moral de aquéllos que, por medio del trabajo y del consumo, convierten su existencia en útil para el sistema, como de la

plena irrelevancia de aquéllos que no responden a esas expectativas. Y es precisamente esta categorización de los individuos como inútiles para el sistema lo que les quita el derecho a tener derechos.

11. La diferenciación entre miembros de una misma comunidad, en base a la cual se reafirman o se niegan derechos, no es sin embargo una novedad de nuestro tiempo, sino que ha sido utilizada desde el siglo XIX y viene siendo renovada una y otra vez, según conviene a la preservación del poder. Y la legislación penal ha colaborado en ello facilitando la categorización de los sujetos a quienes debe tocar el alejamiento.

12. Al respecto, resulta significativo que la idea de que puedan existir no-personas, categorizadas así por el mercado, y de que quepa legitimar doctrinalmente la necesidad de imponer a éstas castigos más severos sea un tema debatido a menudo con tanta naturalidad, lo que, de una forma o de otra, confirma la presencia en la sociedad de individuos que el Estado no tiene interés en proteger, sobre todo porque no se adecuan a la funcionalidad sistémica que les correspondería.

13. Por todo ello, es evidente que la hegemonía del neoliberalismo ha contaminado las esferas públicas hasta el punto de colocar al Estado en una posición casi antagónica a la del ciudadano, sobre todo interfiriendo en la forma de gestionar las cuestiones relativas al poder de punir y a la categorización de sujetos a rechazar.

14. La relación entre ambos poderes, económico y político, parece haber sido maximizada como consecuencia del crecimiento económico del período de posguerra, del que se deriva el *welfare* social. El optimismo económico de este tiempo contribuyó al crecimiento de empresas que se convertirían en gigantes y que, desde el poder de su capital, penetrarían en los sectores públicos, vistos como facilitadores y garantes de su éxito mercadológico. Desde esta relación, la lógica del Estado cambia de orientación y el poder público pierde progresivamente interés en el mantenimiento de los beneficios sociales, característicos del Estado de bienestar, pasando a dedicarse a favorecer el crecimiento económico.

15. En este contexto, el nuevo Derecho penal está definitivamente estableciendo una nueva forma de observar y reaccionar ante los hechos criminales que presenta un carácter cada vez más inestable y cambiante.

16. Este nuevo Derecho penal está obviamente relacionado con la realidad contemporánea y sus nuevos elementos: las transformaciones en el modelo económico establecidas por la globalización; la voracidad social respecto a la necesidad y la continuidad del consumo; el crecimiento del flujo de información, así como de la facilidad y del extremo interés por parte de los ciudadanos en compartir ésta; la gran visibilidad mediática de los actos y actitudes ilegales e inmorales y el crecimiento de la agresividad en la reacción a ellos; la sustitución de las ideologías rehabilitadora y resocializadora por la cultura del control, facilitando la aceptación de la incapacitación del delincuente como respuesta penal primordial; la sobrevaloración de la intimidación de aquéllos que aún no cometieron el delito y de la amenaza a través de penas cada vez más severas; y el consenso acerca de la exposición a nuevos y diversos riesgos resultantes de las transformaciones socioculturales y tecnológicas de la cultura postindustrial. Todos esos elementos resultaron en la construcción no sólo de una sociedad atemorizada por el delito y por los sujetos amenazantes (considerados diferentes, raros, inferiores, opuestos al individuo común, su probable víctima), sino también menos dispuesta a arriesgarse y a tolerar los errores ajenos, aunque no sean intencionados.

17. La propia sociedad, gran consumidora de información, es también, y cada vez más, ella misma una fuente, un vehículo de información. A través de las redes sociales, de los sitios web y de los espacios de interacción comunicativa ofertados por los medios, se manifiesta, se moviliza, fiscaliza, denuncia, exhibe su indignación, critica. Y en este escenario participativo, la sociedad, con una orientación cada vez más proteccionista y punitivista, pasa a buscar de forma creciente y contundente respuestas más eficaces en la lucha por un contexto social más pacífico, cuya solución se imagina encontrar en las manos de los políticos y de la justicia penal.

18. Sin embargo, cada vez más lejos de los problemas sociales reales, e inmersos en la cultura del espectáculo, los políticos y los profesionales de la justicia asumen posturas más agresivas y mediáticas. Así, no dejan pasar ninguna oportunidad de declararse solidarios con algún grupo de víctimas. Hay que aprovechar cada situación en la que se pueda exhibir productividad, compromiso, dedicación. Ello conduce por lo demás a un descontrol cada vez mayor respecto de

lo que se dice y, principalmente, del hablar sin pensar, sin analizar, sin medir las consecuencias. Los legisladores ya no están comprometidos con las bases ideológicas de los partidos políticos o con las orientaciones de los expertos, sino solamente con el impacto de lo que se puede declarar ahora.

19. A todo esto se añade, en lo que respecta a la población, la presencia de sentimientos de furia, indignación y miedo, y de una expectativa de perfección en cuanto al comportamiento de las figuras públicas, del otro, del vecino, de aquéllos con quien uno comparte el espacio público, sin que tal observación sea reflexiva. Sin percibir los riesgos que el discurso del comportamiento perfecto puede traer para quien habla. La sociedad busca culpables. Quiere identificarlos, personificar el mal para, entonces, alejarlo. Se extiende el convencimiento de que quien ha actuado criminalmente lo hizo por una decisión consciente, libre de vicios (decisión ésta que es inmoral, vergonzosa). Ya no se acepta el 'accidente', el 'acaso' o las actitudes que se alejen un mínimo de la moral, aunque sean legales. Ya no se rechazan solamente los hechos delictivos, sino todos aquéllos que uno no cometería frente a las cámaras, que, por su parte, ya aparecen como un ser omnipresente y omnisciente, dispuesto a fiscalizar todo y a todos todo el tiempo.

20. Frente a un hecho criminal o a un accidente, la imagen, que inicialmente surge simplemente para fiscalizar y registrar el hecho, compartida por los medios y en los sitios web, se convierte en un testigo, no sólo del propio hecho o de la gravedad del daño a la víctima, sino también de la perversidad, de la irresponsabilidad, de la maldad del autor. Hoy asistimos a la imagen del crimen desde el confort de nuestras casas, lo que nos transporta hasta el lugar del delito y nos hace experimentar las sensaciones de ser nosotros mismos un testigo. Esa nueva realidad tecnológica, que no se tenía hace poco tiempo, agranda el delito, como también la fuerza y la amenaza de su responsable. Y, por supuesto, naturalmente, nuestra visión del hecho se transforma, se agrava. Queremos venganza.

21. Sin embargo, aunque puede ser comprensible que esa postura vengativa y represora se perciba en los ciudadanos, en aquéllos que se sienten amenazados por el riesgo, no es aceptable que se perciba en las motivaciones del Estado. Este fenómeno del aumento de la severidad estatal en respuesta a las actitudes criminales o molestas, que no es nuevo, solamente se explica a través de la idea de

que, detrás de la aparente intención de atender las demandas sociales y tranquilizar a aquéllos que se sienten bajo la amenaza del riesgo, está el oscuro fin de fortalecerse, bajo el apoyo social, buscando la lamentable finalidad de abrir puertas a un modelo de represión con el que, seguramente, la propia sociedad que lo soporta no desea tener que convivir.

22. La identificación entre los fines represores del Estado y de la sociedad, además de demasiado arriesgada para la supervivencia de la democracia, es ingenua. Especialmente cuando se ignora el hecho de que la elección y categorización de aquéllos que ya no son bienvenidos, amigos, iguales, corresponderá al más fuerte. Y, como siempre ha sido, éste no será el ciudadano.

23. Por lo demás, el individuo que hoy se entiende amenazante ha cambiado. El concepto de terrorista de ayer ha sido ampliado, incluyendo ahora a quienes tratan de desafiar al *status quo*, aunque no sea usando las mismas vías de antes, y es precisamente por esa razón por la que los detentadores del poder se muestran muy incómodos con su presencia, con sus hechos y con las molestias que representan.

24. La relación entre el capital y el poder político no es nueva. El argumento de la humanidad de la pena como medio para limitar el poder de punir del Estado se mostró como un artificio para justificar una mejor distribución de la justicia, lo que, a pesar de poder considerarse positivo para las libertades, llevaba sin embargo en sus entrelíneas el tránsito del poder hacia nuevas manos y la ampliación del mismo a favor de la sumisión de un mayor número de individuos. La universalización del castigo y la transparencia de las reglas, al equiparar a todos los súbditos ante la fuerza del poder del Estado, también lo dirigirían más ampliamente a todo individuo de cualquier clase social, incluyendo el propio soberano, que también debía someterse a las reglas, lo que potenciaba la eficiencia de la mecánica punitiva.

25. Es precisamente en ese momento en el que parece establecerse la figura del enemigo, del sujeto odiado que desestabiliza las estructuras de la comunidad y es precisamente por la amenaza que éste representa por lo que se presupone que su alejamiento garantizaría la continuidad del funcionamiento del sistema. Siguiendo esos planteamientos, parece natural la idea de que la sociedad precisa prevenir los daños a su propia cohesión, pero para que ésta sea aceptada por la mayoría, es

necesario que la comunidad acepte y valore los métodos de control. Así, el poder punitivo reflejaría los ideales sancionatorios de su pueblo, que se identificaría con ellos.

26. En esa coyuntura se afianza la prisión. Primero, como ámbito normalizador de las conductas desviadas y como formador de individuos al servicio del mercado. Sin embargo, a la vista de todas las dificultades encontradas para poner en marcha medidas normalizadoras realmente eficaces, la crisis de la prisión parecía inevitable. Lejos de suponer su fin, ello dio lugar a que se haya terminado atribuyéndole nuevas funcionalidades, convirtiéndose en un lugar de exclusión, generador y renovador de la propia criminalidad. En ese sentido, tiene razón FOUCAULT en que este castigo se ha transformado en un medio de favorecer el mantenimiento del poder, pues no sólo crea y clasifica la criminalidad, sino que también reafirma las estructuras que hacen posible dicha clasificación. De lo que se deduce la necesidad del Estado de que existan tanto la criminalidad como el consiguiente castigo, puesto que la obligatoria sumisión del ciudadano a las reglas reafirma la propia jerarquía del poder, en la cual el individuo ocupa la base.

27. En todo caso, la sociedad contemporánea parece haber sustituido la cultura disciplinar por la gestión de los individuos en el espacio abierto, realizando los ideales panópticos de BENTHAM de la forma más extensa posible, sobre todo con la ayuda de las nuevas tecnologías, que han permitido la omnisciencia de la generalidad por parte del poder.

28. Inmersa en esa nueva cultura, la colectividad tiende a sentirse displicentemente más libre, especialmente en comparación con la realidad normalizadora anterior, y por esta razón la necesidad de gestión de los cuerpos abrió paso a la gestión de la mente de todos aquéllos sometidos al poder soberano. Y de esta misma cultura también forma parte la vigilancia continua, que se pretende justificar la mayoría de las veces en base a las presuntas necesidades de protección frente a las amenazas y los extraños.

29. El control al cual se nos somete está obviamente conectado con las necesidades de comprensión de los intereses del consumidor, para que, dando seguimiento a la rutina capitalista, se pueda seguir estimulando el acceso de los individuos a la producción y a los servicios, pero no se reduce a esta necesidad. Se

intenta ocultar que dicho control también tiene como finalidad seguir los pasos del electorado, de la disidencia y de aquéllos que puedan ser entendidos por el sistema como amenazantes para sus estructuras. Y para ello basta con recoger y analizar los datos que voluntariamente compartimos en el medio digital.

30. Este control parece haber sido legitimado como consecuencia del 11-S (y en España del 11-M) y la guerra contra el terrorismo, la cual viene justificado las más diversas invasiones a la privacidad de los ciudadanos y la quiebra de garantías democráticas, antes entendidas como esenciales para la protección de las libertades de todos.

31. El análisis de la evolución de las reformas penales españolas del siglo XXI en materia de terrorismo permite constatar cómo el Estado está realizando forzadas equiparaciones entre organizaciones terroristas y grupos politizados, pacíficos y legítimos que vienen tratando de exponer sus insatisfacciones con los caminos seguidos por el capitalismo avanzado.

32. Desde esta perspectiva se puede decir que la reconfiguración de los roles de las tres fuerzas que actúan en el funcionamiento del sistema, sociedad civil, Estado y poder económico, parece haber funcionado mientras que las demandas del capital se mantenían limitadas por la gestión pública, pues, desde el momento en que la colectividad (o la multitud, como dicen HARDT y NEGRI) empieza a darse cuenta del impacto de dichas políticas en su vida personal, los movimientos que tratan de contradecir la lógica mercadológica impuesta explotan por todas partes. Y es justo en ese momento cuando se identifica una nueva categoría amenazante de individuos a neutralizar, acercados ahora a la figura de los terroristas.

33. Este acercamiento de los indignados con el sistema a los terroristas carece de lógica. Desde luego, no parecen equiparables en peligrosidad el ciudadano insatisfecho con las consecuencias del neoliberalismo que trata de buscar cambios en el sistema imperante por medios pacíficos y el sujeto insatisfecho con el sistema político-económico occidental que pretende su fin por medio del terror. Aunque ambos persiguen modificaciones en las mecánicas del poder, sin embargo el activista lo hace habitualmente ejerciendo sus derechos constitucionales (o lo que hasta ahora se ha venido considerando como tales) y no por medio de la violencia. Y eso es precisamente lo que establece la enorme diferencia entre ambos grupos.

34. Lo único que parece explicar la equiparación de actores con características tan diversas parece ser, una vez más, el acercamiento entre el Estado y el mercado, pues el enfrentamiento a éste por parte de los movimientos sociales, está siendo absorbido como un enfrentamiento a aquél, seguramente no porque ambas esferas de poder estén meramente conectadas o sean dependientes entre sí, sino porque el más fuerte de ellos, el poder económico, se apropió del más débil. Ello conduce a que se castigue (o se esté intentando castigar) a quien se enfrenta al orden capitalista como se castiga a quien se enfrenta al orden político: el poder está reaccionando en contra de quien trata de frenar su crecimiento de la forma más dura que encontró, la cual, quizás, aún no haya llegado al límite.

35. Frente a estos sujetos, la pena se dirige a la prevención *especial* negativa pero también, y sobre todo, a la prevención *general* negativa. Ello es así porque la neutralización de un número tan elevado de sujetos supondría inversiones públicas demasiado altas para un Estado que actualmente no se encuentra en el mejor escenario económico. Pero también, y especialmente, porque aunque los “nuevos terroristas” representen alguna amenaza para el sistema, en el fondo estos sujetos están tratando de garantizar para sí mismos sus libertades económicas, es decir, su permanencia en el juego capitalista, su continuidad en el ejercicio del consumo. En la medida en que es precisamente dicho consumo lo perseguido tanto por el Estado como por el poder económico y la función de consumidor es precisamente la utilidad que se suele atribuir al sujeto, ¿qué utilidad puede tener alejar del medio social a amplios grupos de sujetos que quieren seguir ejerciendo este papel, impidiéndoles hacerlo y perjudicando con ello al propio sistema económico?

36. De este modo, VON LISZT se hace, de una forma o de otra, presente en la actual cultura penal, porque, no obstante los duros castigos a que el legislador viene tratando de aplicar, éstos parecen reservados sólo a los casos extremos o a los sujetos que no tienen forma de ejercer la utilidad que le atribuyeron. Los demás, los útiles, éstos deben temer el castigo, el Estado y la prisión.

37. Pero no sólo la prevención especial y general negativa se destacan en este momento. Ante la necesidad de hacerse presente en las causas públicas, la prevención general positiva, por medio del populismo punitivo, se ha establecido como uno de los fines principales de la pena, pero no por medio de la reafirmación

de la norma, para que sea respetada por los demás miembros del colectivo social, sino para desmentir la presencia inexistente del Estado en la gestión de los problemas públicos, lo que intrínsecamente lleva en su esencia el objetivo de mantenimiento del *status quo* a través del castigo. Así, la restauración de la confianza en la norma se concreta más bien por medio de la percepción del ciudadano de la defensa de sus intereses por el Estado, aunque estos intereses ya no se refieran a cuestiones del bienestar, sino de la seguridad.

38. En cualquier caso, las respuestas punitivas, a pesar de su gravedad, representan de hecho sólo la punta del iceberg, pues, por debajo de ellas, la trama de motivaciones y ganancias que afectan a las causas y consecuencias de los conflictos, demasiado complejas y profundas, parecen ser gestionadas directamente por los mismos actores encargados de su control y de la normalización que quienes se desvían.

39. En este contexto, el poder no debe ser entendido como un bloque macizo y transferible, poseído por alguien o por un determinado grupo político o económico, sino como una cadena de fuerzas y agentes que lo ejercen bajo diversas influencias y en numerosas direcciones, no sólo dentro del universo público, sino también del privado. Agentes que se influyen mutuamente y que ejercen presiones unos sobre otros.

40. Existe en cualquier caso una clara relación entre los cambios en las tecnologías de poder y el tránsito desde un capitalismo más rudimentario hacia el modelo avanzado.

41. Los mecanismos a través de los cuales se realiza la dominación, no obstante sus beneficios directos, terminan por ser más interesantes para el poder que el propio individuo a controlar: el poder se interesa, más que por el sujeto objeto de la represión, por el mecanismo a través del cual se le reprime. Es esa maquinaria que contribuye al mantenimiento de la estructura de poder la que puede garantizar a las clases dominantes determinados beneficios políticos o económicos.

42. Extendiendo este punto de vista al sistema penal, el objeto de interés de quien detenta el poder en realidad no sería el tratamiento resocializador o la incapacitación del delincuente concreto, y ello a pesar de la gravedad que pueda tener el delito cometido o de la intensidad del deseo de la sociedad de deshacerse

específicamente de ese individuo. Por el contrario, al someterlo a la respuesta estatal, lo que se hace es reafirmar los criterios que llevan a la punición, las reglas del juego, que se concretan dentro de una mecánica cuyo mantenimiento es conveniente para el propio sistema.

43. El sistema está por tanto más interesado en los mecanismos de dominio que en los sujetos que se convierten en objeto de dominación, los gestores del poder necesitan de los aparatos que difunden sus mecanismos de control y toda la energía del poder está dedicada a mantener el *status quo*. Y el papel atribuido al terrorista en los tiempos actuales parece ser precisamente una prueba de las hipótesis de dominación a las que nos referimos.

44. Al respecto, cuando JAKOBS sostiene el discurso del enemigo contra el terrorista, cuando propone una particular estructura jurídica aparte para estos sujetos, cuando establece posiciones antagónicas entre éstos y la sociedad o incluso entre éstos y los demás delincuentes, lo que hace no es simplemente someter al hombre abstracto a una condición de inferioridad, o a una categorización como no persona, que le dejará sin derechos. Al sostener esta dicotomía, JAKOBS reafirma desde luego la idea de que el sistema debe alejar a determinados individuos categorizados como no personas, pero de esa cuestión se derivan otras igualmente graves. En ese mismo discurso también se encuentran tanto la legitimación del establecimiento de un súper aparato punitivo, preparado para gestionar tan complejo problema, como la argumentación en favor de la necesidad de que el ciudadano común, no delincuente, consienta la pérdida de muchos de sus derechos constitucionales, pues la dinámica de poder que se deriva de tan compleja amenaza, convence de la necesidad de que el Estado imponga sus armas más extremas para gestionar a los sujetos y controlar sus libertades. Violación de derechos, exceso punitivo intimidatorio, tortura, secuestros en territorio extranjero, lesiones a la intimidad, investigaciones secretas, quiebra de garantías democráticas, vigilancia por medios digitales... Todo ello, hoy por hoy, parece ser aceptable para la mayoría a cambio de la promesa de más seguridad.

45. En realidad, más que un control específico de determinados sujetos sospechosos o condenados por terrorismo, lo que se está concretando es la legitimación de una red de dominación sin límites, promovida por diversas instancias

de control, dispersas entre numerosos aparatos de poder que se entrecruzan, que se superponen, que sostienen el discurso de la verdad y que autorizan intervenciones no ya solamente dentro del universo terrorista o del universo criminal, pues, en esa cultura, todos somos potenciales sujetos a controlar. Y esta estructura, que muestra la participación del Estado en la protección de los intereses que el ciudadano ha sido convencido para valorar, no sólo reafirma su presencia activa en el imaginario colectivo, sino que también refuerza las condiciones que permiten que el poder permanezca en las mismas manos de siempre.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, “Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2004, pp. 1197-1226.

- “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 341-380.

- “Libertad Vigilada”, en Álvarez García, Francisco Javier/ González Cussac, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 147-158.

- *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Navarra, Aranzadi, 2010.

- “Medidas de seguridad postpenitenciarias en el Código Penal español: el movimiento de defensa social retro del siglo XXI”, en *RPD*, nº. 20, 2012, pp. 17-38.

- “Prisión permanente revisable: Arts. 36 (3 y 4, 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la parte Especial”, en Álvarez García, Francisco Javier (Dir.), Dopico Gómez-Aller, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de profesores de Derecho penal «Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 179-200.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, trad. Henrique Burigo, 2ª. ed., 2ª. reimpressão, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2014.

AGUADO CORREA, Teresa, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal”, en *RECPC*, nº. 5, 2003, pp. 1-24.

ALBRECHT, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, trad. Ricardo Robles Planas, en VV.AA. (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 471-

ALONSO RIMO, Alberto, “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, en *RGDP*, nº. 21, 2014, pp. 1-17.

- “Desórdenes públicos II (arts. 557.2, 557 Ter, 559 y 561)”, en González Cussac, José Luis (Dir.)/ Matallín Evangelio, Ángela/ Górriz Royo, Elena (Coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp.1301-1330.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Retribución y prevención general negativa como fines de la pena”, en *CPC*, nº. 72, 2000, pp. 563-614.

- *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001.

- “El nuevo modelo de política criminal”, en *JD*, nº. 57, 2006, pp. 18-32.

- “La nueva reforma penal de 2013”, en *Eunomía*, nº. 6, 2014, pp. 16-71.

AMBOS, Kai, “Del tormento. Cesare Beccaria y la tortura: comentarios críticos desde una perspectiva actual”, trad. Luis Emilio Rojas, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 155-167.

ANTÓN ONECA, José/ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho penal*, T. I, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949.

ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951), versión española de Guillermo Solana, 4ª. ed., Madrid, Taurus, 2004.

- *Sobre la violencia* (1969), trad. Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 4ª. reimpresión, 2012.

ASCHAFFENBURG, Gustav, *Crime e repressão*, trad. S. Gonçalves Lisboa, Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1904.

ASÚA BATARRITA, Adela, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror”, en Echano Basaldúa, Juan I. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, Área de Derecho penal de la Universidad de Deusto, 2002, pp. 43-85.

- “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas», y conductas periféricas”, en Cancio Meliá,

- Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 1, 2006, pp. 239-276.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre el derecho penal y su racionalidad”, en Gómez-Jara Díez, Carlos (Coord.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Comares, 2005, pp. 319-340.
- “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, en *Circunstancia*, nº. 16, 2008, <url: <http://goo.gl/A9eIUE>>, consultado el 27/05/2015.
- BARATTA, Alessandro, “Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, trad. García Méndez, Emilio/ Sandoval Huertas, Emiro, en *CPC*, nº. 24, 1984, pp. 533-552.
- “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado”, en Elbert, Carlos Alberto (Dir.)/ Belloqui, Laura (Coord.), *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo, B de F, 2004, pp. 376-393.
- BARBERO SANTOS, Marino, “La represión de la brujería en Alemania en los siglos XVI y XVII”, en *CDS*, nº. 19-20, 1992-1993, pp. 107-122.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, “Las libertades de expresión y de reunión en la constitución española: breve apunte sobre los «escraches» como punto de confluencia entre ambas libertades”, en *EJ*, V. 14, nº. 3, 2013, pp. 29-56.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan/ PERES-NETO, Luiz, “Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos”, en García Arán, Mercedes/ Botella Corral, Joan (Dirs.), *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 109-151.
- BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, trad. Lilia Mosconi, Madrid, 1ª. ed., Fondo de cultura económica, 2001.
- *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001.
- *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, trad. Carmen Corral, 4ª. ed., Tusquets editores, 2013.
- *Vida de consumo*, trad. Mirta Rosemberg/ Jaime Arrambide, 1ª. ed. en español, 4ª. reimpresión, México, D. F., Fondo de cultura económica, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt/ LYON, David, *Vigilancia líquida*, trad. Alicia Capel, Barcelona,

- Paidós, 2013.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas con el «Comentario» de Voltaire* (1766), trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- BECK, Ulrich, *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Romero Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000.
- *La sociedad de riesgo global*, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI de España, 2002.
 - *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona, Paidós, 2002.
 - *Sobre el terrorismo y la guerra*, trad. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2003.
 - *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro/ Daniel Jiménez/ María Rosa Borrás, 5ª. impresión, Barcelona, Paidós, 2014.
- BECKETT, Katherine, *Making crime pay. Law and order in contemporary american politics*, New York, Oxford University Press, 1997.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El Derecho penal ante el conflicto político: reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, en *ADPCP*, T. 54, F. 1, 2001, pp. 175-228.
- BENTHAM, Jeremy, “O panótico ou a casa de inspeção” (1787), trad. Tomaz Tadeu, en Tadeu, Tomaz (Org.), *O panótico*, 2ª ed., Belo Horizonte, Autentica, 2008.
- *An introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789), New York, Dover Publications, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid, Iustel, 2012.
- BERGALLI, Roberto, “La falacia penitenciaria”, en *JD*, nº. 13, 1991, pp. 24-26.
- “Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”, en *Sistema*, nº. 160, 2001, pp. 107-124.
 - “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”, en Muñoz Conde, Francisco/ Losano, Mario G. (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-77.
- BERISTAIN, Antonio, “Desde la victimología de mínimos hacia la victimología de máximos”, en *CPC*, nº. 85, 2005, pp. 255-258.

- BETTIOL, Giuseppe, “O mito da reeducação”, trad. Alberto Silva Franco, en *RBCDP*, nº. 6, jul-set, 1964, pp. 5-17.
- *Direito penal*, trads. Paulo José da Costa Júnior/ Alberto Silva Franco, V. III, São Paulo, RT, 1976.
- BINDING, Karl, “Legal Arguments”, trad. Cristina Modak, en Binding, Karl/ Hoche, Alfred, *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), [sin lugar], Suzeteo Enterprizes, 2012, pp. 1-27.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “La prescripción del delito y de la falta”, en Gracia Martín, Luis (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 356-368.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Globalización y concepciones del Derecho penal”, en *EPC*, V. XXIX, 2009, pp. 141-206.
- BOTELLA CORRAL, Joan, “Introducción”, en García Arán, Mercedes/ Botella Corral, Joan (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 15-22.
- BOTTKE, Winfried, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, trad. Guillermo Benlloch Petit, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 41-71.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-63.
- “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, en *Mientras tanto*, nº. 102, 2007, pp. 69-88.
- “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.)/ Puente Aba, Luz María/ Souto García, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 139-160.
- *Política criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007.

- “Sobre control y lógicas del castigo en el capitalismo postfordista”, en Brandariz García, José Ángel/ Fernández de Rota, Antón/ González, Rosendo (Edits.), *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, Diputación de Málaga, 2009, pp. 29-49.
 - “La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos”, en Muñoz Conde, Francisco (Dir.), *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 177-195.
 - “La gestión de la exclusión social por parte del sistema penal en el tiempo contemporáneo. Nuevas epistemologías para un análisis socioeconómico del sistema”, en *RPP*, nº. 154, 2013, pp. 1-24, disponible en <url: <http://goo.gl/dZZyio>>, consultado el 01/10/2015.
 - *El gobierno de la penalidad: la complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2014.
 - “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, en *InDret*, nº. 2, 2014, pp. 1-27.
 - “Racionalidad del mercado, Gran Recesión y sistema penal: ¿malos tiempos para la crítica?”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social: debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 182-191.
 - “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, en *InDret*, nº. 2, 2014, pp. 1-27.
- BUENO ARÚS, Francisco, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en *RFDUC*, nº. Extra 11, 1986, pp. 135-146.
- “Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea”, en *CPC*, nº. 38, 1989, pp. 301-312.
 - *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad”, en Díez Ripollés, José Luis/ Romeo Casabona, Carlos María/ Gracia Martín, Luis/ Higuera Guimerá, Juan Felipe (Edits.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, reimpresión, 2003, pp. 3-7.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", en *JD*, nº. 44, 2002, pp. 19-26.

- "¿Derecho penal del enemigo?", en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 59-102.

- "Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación", en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.)/ Puente Aba, Luz María/ Souto García, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 161-170.

- "«Derecho penal» del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs", en Cancio Meliá, Manuel/ Feijoo Sanchez, Bernardo (Edits.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 2008, pp. 63-87.

- "Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho", en Cancio Meliá, Manuel/ Pozuelo Pérez, Laura (Coords.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 307-324.

- "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 381-416.

- "Criminalización de la protesta social", en *Eldiario.es*, 25/01/2015, <url: <http://goo.gl/6P9BU2>>, consultado el 13/09/2015.

- "«Pacto antiterrorista»: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco", en *Eldiario.es*, 11/02/2015, <url: <http://goo.gl/Jon88t>>, consultado el 13/09/2015.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, "Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa", en *REIC*, nº. 11-07, 2009, pp. 1-38.

- "Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo", en *REIC*, nº. 7-7,

2009, pp. 1-30.

CARBONELL MATEU, Juan C., *Derecho penal: conceptos y principios constitucionales*, 3ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CARELLI, Luis, "Los términos del problema penal", Apéndice a Garofalo, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Edit., 1912, pp. 561-605.

CARMONA RUANO, Miguel, "El impacto jurídico del 11 de septiembre", en *JD*, nº. 45, 2002, pp. 81-91.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, "«Guerra al terror» y al derecho", en *JD*, nº. 43, 2002, pp. 3-10.

CATALÀ I BAS, Alexandre H., "La confrontación de derechos en los escraches", en *RDPol*, nº. 93, 2015, pp. 215-239.

CEREZO MIR, José, "Los fines de la pena en la constitución y en el código penal después de las reformas del año 2003", en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 217-236.

CHOMSKY, Noam/ HERMAN, Edward S., *Manufacturing consent. The political economy of the mass media*, London, Vintage, 1994.

CID, José/ TÉBAR VILCHES, Beatriz, "Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo", en *REIC*, art. 3, nº. 8, 2010, pp. 1-23.

COHEN, Stanley, *Visions on social control. Crime, punishment and classification*, Cambridge, Polity press, 1985.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Madrid, Reus, 1920.

- "¿Debe suprimirse la pena de prisión?", en *ADPCP*, T. 5, F. III, 1952, pp. 417-431.

- "Las medidas de seguridad", en *ADPCP*, T. 9, F. 1, 1956, pp. 9-32.

CUERDA ARNAU, María Luisa, "El premio por el abandono de la organización y la colaboración con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna", en *EPC*, nº. 25, 2004, pp. 4-67.

- "Desórdenes públicos I (arts. 557.1o. y 557 Bis)", en González Cussac, José Luis (Dir.)/ Matallín Evangelio, Ángela/ Górriz Royo, Elena (Coords.),

- Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1295-1300.
- CUERDA RIEZU, Antonio, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, V. 1, 2001, pp. 187-207.
- CUNCHILLOS, Maite, “El endurecimiento de las penas por terrorismo”, en *AJA*, nº. 561, 2003, p. 15.
- CURY URZUA, Enrique, “La prevención especial como límite de la pena”, en *ADPCP*, T. 41, F. III, 1988, pp. 685-702.
- CUTIÑO RAYA, Salvador, “Comentario de la ley de seguridad ciudadana de 2015”, en *derechoydemocracia.es*, agosto de 2015, <url: <http://goo.gl/c9psSn>>, consultado el 27/09/2015.
- DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, en *JD*, nº. 25, 1996, pp. 73-77.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, “La retribución penal”, en *DeC*, año IV, nº. 14, 2002, pp. 9-42.
- DEBORD, Guy, *La sociedad del espectáculo*, Valencia, Pre-textos, 2003.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “La medida de libertad vigilada para adultos”, en *RDP*, nº. 36, 2012, pp. 21-65.
- “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal (1)”, en *DLL*, nº. 8004, 2013, pp. 1-31.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho”, en Carbonell Mateu, Juan Carlos/ González Cussac, José Luis/ Orts Berenguer, Enrique (Dirs.)/ Cuerda Arnau, María Luisa (Coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, T. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 473-497.
- DELEUZE, Gilles, *Conversações*, trad. Peter Pál Pelbart, 2ª. ed., São Paulo, Editora 34, 2010.
- *Foucault*, trad. Claudia Sant’Anna Martins, 8ª. reimpressão, São Paulo, Editora Brasiliense, 2011.

- DELEUZE, Guilles/ FOUCAULT, Michel, “Un diálogo sobre el poder”, en Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, 3ª. ed., Madrid, Alianza, 2012, pp. 29-43.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2004, pp. 1027-1054.
- “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”, en Pérez Álvarez, Fernando/ Núñez Paz, Miguel Ángel/ García Alfaraz, Isabel (Coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2007, pp. 179-196.
 - “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *RGDP*, nº. 8, 2007, pp. 1-38.
 - “Crítica al funcionalismo normativista”, en *RDPC*, nº. 3, 2010, pp. 13-26.
- DÍAZ PITA, María del Mar/ FARALDO CABANA, Patricia, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, en *RDPP*, nº. 7, 2002, pp. 119-149.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *BMDC*, nº. 103, 2002, <goo.gl/HjzupA>, consultado el 20/09/2015.
- *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
 - “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *JD*, nº. 49, 2004, pp. 25-42.
 - “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-37.
 - “La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal”, en *JD*, nº. 57, 2006, pp. 33-35.
 - “Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena”, en *InDret*, nº. 2, 2008, pp. 1-26.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, “La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia”, en *PolCrim*, nº. 7, 2009, pp. 1-25.
- DORADO MONTERO, Pedro, *Estudios de Derecho Penal Preventivo*, Madrid, Vitoriano

Suarez, 1901.

DURÁN MIGLIARDI, Mario, "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos.

Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual", en *RF*, V. 67, 2011, pp. 123-144.

ELBERT, Carlos A./ BALCARCE, Fabián I., *Exclusión y castigo en la sociedad global*, Montevideo, B de F, 2009.

ERREJÓN GALVÁN, Iñigo, "El 15-M como discurso contrahegemónico", en *Encrucijadas*, nº. 2, 2011, pp. 120-145.

ESPINA RAMOS, Jorge Ángel, "La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras", en *RDPP*, nº. 11, 2004, pp. 23-38.

EXNER, Franz, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, trad. Juan del Rosal, Barcelona, Bosch, 1946.

FARALDO CABANA, Patricia, "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", en Faraldo Cabana, Patricia/ Brandariz García, José Ángel/ Puente Aba, Luz María (Coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 299-340.

- "Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado", en *EPC*, nº. 26, 2006, pp. 7-80.

- "La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando", en *RPCP*, <url: <http://goo.gl/YlvPps> >, nº. 20, 2008, consultado el 06/03/2013, pp. 139-186.

- "Luces y sombras del papel atribuido a los intereses patrimoniales de la víctima durante la ejecución de condenas por terrorismo", en *OSLS*, V. 4, nº. 3, 2014, pp. 443-464.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *InDret*, nº. 1, 2007, pp. 1-20.

- "La libertad vigilada en el derecho penal de adultos", en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas*

por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), Madrid, Civitas, 2011, pp. 213-240.

- *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, Montevideo, B de F, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trads. Perfecto Andrés Ibáñez/ Alfonso Ruiz Miguel/ Juan Carlos Bayón Mohino/ Juan Terradillos Basoco/ Rocío Cantarero Bandrés, 5ª. ed., Madrid, Trotta, 2001.

- "Las razones del pacifismo", trad. Nicolás Guzmán, en *JD*, nº. 42, 2001, pp. 3-9.

- "El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho", trad. Perfecto Andrés Ibáñez, en *JD*, nº. 57, 2006, pp. 3-10.

FERRI, Enrico, *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, 2ª. ed., trad. Don Isidoro Pérez Oliva, Madrid, Góngora, 1887.

- *Sociología criminal*, trad. António Soto y Hernández, T. I y II, Madrid, Góngora, 1908.

FLETCHER, George, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

- "¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo", trad. Antonio Muñoz Aunión, en *RP*, nº. 16, 2005, pp. 61-71.

FOUCAULT, Michel, "A propósito del encierro penitenciario" (1973), en Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Selección, introducción y traducción de Miguel Morey, 3ª. ed., Madrid, Alianza, 2012, pp. 90-106.

- *Os anormais. Curso no Collège de France (1974-1975)*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 2013.

- "Sobre a prisão" [Entrevista con L. J. Brochier] (1975), trad. Marcelo Marques Damião, en Foucault, Michel, *Microfísica do poder*, 28ª. ed., Rio de Janeiro, Paz & Terra, 2014, pp. 213-233.

- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión (1975)*, trad. Aurelio Garzón del Camino, 1ª. ed., Madrid, Biblioteca nueva, 2012.

- *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*, trad. Maria

Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

- “El poder, una bestia magnífica [Entrevista con Manuel Osorio]” (1977), en Michel Foucault, *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida*, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 29-46.

- “La tortura es la razón [Entrevista con Knut Boesers]” (1977), en Michel Foucault, *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida*, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 55-65.

- “Michel Foucault: la seguridad y el Estado [Entrevista con Robert Lefort]” (1977), en Michel Foucault, *El poder, una bestia magnífica: Sobre el poder, la prisión y la vida*, trad. Horacio Pons, edición a cargo de Edgardo Castro, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 47-54.

- *Nacimiento de la biopolítica. Curso de Collège de France (1978-1979)*, trad. Horacio Pons, reimpresión, Madrid, Akal, 2012.

- “O olho do poder” [Entrevista con Jean-Pierre Barou y Michele Perrot] (1977), trad. Angela Loureiro de Souza, en Foucault, Michel, *Microfísica do poder*, 28ª. ed., Rio de Janeiro, Paz & Terra, 2014, pp. 318-343.

FROMMEL, Monika, “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”, trad. Francisco Muñoz Conde, en *EPC*, nº. 16, 1992-1993, pp. 43-62.

FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-51.

- “Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP”, en *InDret*, nº. 1, 2011, pp. 1-28.

- “Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 125-142.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, en *RGDP*, nº. 19, 2003, pp. 1-62.

- GALLEGO SOLER, José Ignacio, “De las consecuencias accesorias, art. 127”, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Mir Puig, Santiago (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 298-300.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, en *RAD*, nº. 6, 2010, pp. 183–196.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003”, en *RJC*, V. 104, nº. 2, 2005, pp. 365-398.
- “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, en *RCSP*, nº. 18, 2008, pp. 39–65.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES NETO, Luiz, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003”, en *RDPC*, 3ª. época, nº. 1, 2009, pp. 261-290.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando, *Breve historia del Siglo XX*, Barcelona, Debolsillo, 2004.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “Aproximación a la determinación de la pena en los delitos de terrorismo”, en García Valdés, Carlos/ Cuerda Riezu, Antonio/ Martínez Escamilla, Margarita/ Alcácer Guirao, Rafael/ Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 919-948.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, en *ADPCP*, T. 32, F. 3, 1979, pp. 645-700.
- “Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena”, en *CPC*, nº. 100, 2010, pp. 77-91.
- “Sobre los fines del castigo”, en Muñoz Conde, Francisco/ Lorenzo Salgado, José Manuel/ Ferré Olivé, Juan Carlos/ Cortés Bechiarelli, Emilio/ Núñez Paz, Miguel Ángel (Dir.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 481-493.
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la

- Concha, 2ª. reimpresión, Madrid, Siglo XXI, 2010.
- GAROFALO, R., *La criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Edit., 1912.
- GARRIDO, Vicente/ STANGELAND, Per/ REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, "Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes", en *JD*, nº. 30, 1997, pp. 20-24.
- GÖBBELS, Hans, *Los asociales. Esencia y concepto de la asocialidad*, traducción, prólogo y notas del Dr. A. Linares Maza, 1ª. ed., Madrid, Moratta, 1952.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 25-52.
- "Artículo 131", en Corcoy Bidasolo, Mirentxu/ Mir Puig, Santiago (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 309-312.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Una teoría constructivista de la pena: la retribución comunicativa", en Montealegre Lynett, Eduardo/ Caro John, José Antonio (Edits.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 105-124.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", en *RXG*, nº. 38, 2003, pp. 13-38.
- "Decomiso y embargo de bienes", en *BMJ*, año 60, nº. Extra 2015, 2006, pp. 13-19.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, "La más alta preocupación del príncipe: notas para una introducción a *Dei delitti e delle pene*", en *EPC*, nº. 31, 2011, pp. 129-206.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, "El período de seguridad", en Álvarez García, Francisco/ González Cussac, José Luis (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 91-94.
- GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo", en *RGDP*, nº. 2, 2004, pp. 1-27.
- "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal

- del enemigo»”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-43.
- “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en García Valdés, Carlos/ Cuerda Riezu, Antonio/ Martínez Escamilla, Margarita/ Alcácer Guirao, Rafael/ Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 975-1003.
- GRAMATICA, Filippo, *Principios de derecho penal subjetivo* (1933), trads. Juan del Rosal/ Víctor Conde, Madrid, Reus, 2003.
- GRECO, Luís, “Acerca del llamado Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, V. 1, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 1081-1111.
- “Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal”, en *InDret*, nº. 4, 2010, pp. 1-36
- GÜNTHER, Klaus, “Crítica da Pena I”, trad. Flavia Portela Püschel, en Portela Püschel, Flavia / Rodríguez de Assis Machado, Marta (Orgs.), *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 53-75.
- GUTIÉRREZ DE TERÁN, Iñaki, “Islamismo, política y terrorismo: desde la constitución de la Umma hasta la emergencia del Islam radical”, en *Eguzkilo*, nº. 18, 2004, pp. 159-172.
- HABERMAS, Jürgen, “Un modelo del compromiso del Estado social”, trad. Manuel Jiménez Redondo, en *Teorema*, V. 13, nº. 1-2, 1983, pp. 9-20.
- HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. Alfredo Bergés, Barcelona, Herder Editorial, 2014.
- HARDT, Michael/ NEGRI, Antonio, *Imperio*, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Paidós, 2002.
- *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Caracas, Editorial Random House Mondadori, 2007.
 - *Commonweath. El proyecto de una revolución del común*, trad. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2011.
 - *Declaración*, trad. Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2012.
- HARVEY, David, *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, trad. Juanmari

Madariaga, Madrid, Akal, 2012.

HARZER, Regina, “La independencia y su significación para la teoría de la pena”,
trads. María Teresa Castiñeira Palou/ Ricardo Robles Planas, en VV.AA. (ed.
española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares,
2000, pp. 25-40.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas: Francisco
Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

- “El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal «eficaz»”, en
EPC, nº. 15, 1990-1991, pp. 181-198.

- *Persona, mundo y responsabilidad*, trads. Francisco Muñoz Conde y María del
Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- “¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? Sentido y fin de la sanción
penal”, trad. María del Mar Díaz Pita, en *RDPC*, 2ª. Época, nº. 3, 1999, pp. 317-
331.

- “Seguridad por intermedio del Derecho penal”, en Muñoz Conde, Francisco
(Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios
penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia,
Tirant lo Blanch, 2008, pp. 25-64.

HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*,
Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

- *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia, Tirant lo
Blanch, 2012.

HAVA GARCÍA, Esther, “Comiso”, en Álvarez García, Francisco Javier/ González
Cussac, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia,
Tirant lo Blanch, 2010, pp. 159-162.

- “La nueva regulación del comiso”, en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.),
Comentario a la reforma penal de 2015, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 213-223.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho* (1820), prólogo y nota
bibliográfica: Juan Garzón Bates, 1ª ed., México, Dirección general de
publicaciones, 1975.

HESSEL, Stéphane, *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de la
insurrección pacífica*, trad. Telmo Moreno Lanaspá, Undécima impresión,

- Barcelona, Ediciones Destino, 2013.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, “Libertad y responsabilidad penal”, en *ADPCP*, T. 42, F. 2, 1989, pp. 561-570.
- HOCHE, Alfred, “Medical remarks”, trad. Cristina Modak, en Binding, Karl/ Hoche, Alfred, *Allowing the destruction of life unworthy of life. Its measure and form* (1920), [sin lugar], Suzeteo Enterprizes, 2012, pp. 28-43.
- HORVITZ LENNON, María Inés, “Dulzura de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 311-323.
- HULSMAN, Louk/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Luam, 1997.
- JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), trad. Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho penal*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-324.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996.
 - *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trads. Joaquín Cuello Contreras/ José Luis Serrano González de Murillo, 2ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
 - “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, trad. Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 21-56.
 - *Teoria da pena; e suicídio e homicídio a pedido*, trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, Barueri, Manole, 2003.
 - “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”, trad. Teresa Manso Porto, en Muñoz Conde, Francisco (Coord. versión española), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 53-64.
 - *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá/ Bernardo Feijoo Sánchez, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.
 - “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, en *InDret*, nº. 1, 2009, pp. 1-16.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori* (1913), Madrid, Marcial Pons, 2013.
- *El criminalista*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 1943.
 - *Tratado de Derecho Penal*, T. I, 2ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1956.
- JORGE BARREIRO, Agustín, “Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español”, en *JD*, nº. 25, 1996, pp. 46-52.
- JUANATEY DORADO, Carmen, “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *ADPCP*, T. 65, F. 1, 2012, pp. 127-153.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (1785), trad. Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- *La metafísica de las Costumbres* (1797), trad. Adela Cortina Orts/ Jesús Conill Sancho, reimpresión de la 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- KATZ, Michael B., “On Genealogies of Citizenship by Margaret Somers”, en *Socio-economic Review*, 9 (2), 2011, pp. 395-399.
- KELLING, George L./ WILSON, James Q., “Broken Windows: The police and neighborhood safety”, en *The Atlantic*, March, 1982, pp. 1-15, <url: <http://goo.gl/5LRF4a>>, consultado el 25/05/2015.
- KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria”, trad. Juan Pablo Mañalich, en Kindhäuser, Urs/ Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 233-249. También publicado en *RBCCrim*, nº. 87, 2010, pp. 150-163.
- “Cómo se evitan los delitos. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria”, trad. Juan Pablo Mañalich R., en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 467-478.
- KLUG, Ulrich, “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. Enrique Bacigalupo, en Jiménez Huerta, Mariano/ Bacigalupo, Enrique/ Barbero Santos, Marino/ Bergalli, Roberto/ Romero, Gladys N./ Tozzini, Carlos A. (Edits.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pp. 35-40.

- LAMARCA PÉREZ, Carmen, "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", en *ADPCP*, T. 46, F. 2, 1993, pp. 535-560.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª. ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- "La Ley Orgánica General Penitenciaria, veinticinco años después", en *EPC*, nº. 25, 2004, pp. 118-147.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena, "Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión", en Bacigalupo, Silvina/ Cancio Meliá, Manuel (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 283-303.
- "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", en *JD*, nº. 55, 2006, pp. 15-21.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena/ CID MOLINÉ, José, "Introducción", en Larrauri Pijoán, Elena/ Cid Moliné, José (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 9-35.
- LEA, John/ YOUNG, Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, trads. Joan Vinyoli/ Michèle Pendanx, 11ª. ed., Barcelona, Anagrama, 2012
- LIPOVETSKY, Gilles/ CHARLES, Sébastien, *Los tempos hipermodernos*, trad. Antonio-Prometeo Moya, Barcelona, Anagrama, 2014.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona, "La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias", en *InDret*, nº. 1, 2007, pp. 1-35.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, "El concepto de terrorismo: ¿Qué terrorismo?. ¿Por qué el terrorismo?. ¿Hasta cuándo el terrorismo?", en *AFD*, nº. 19, 2002, pp. 51-71.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", en *REIC*, nº. 1, 2003, pp. 1-20.
- "Del perdón", Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 495-517.
- LÓPEZ-REY, Manuel, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", trad. Joaquín Martín Canivell, en *CPC*, nº. 19, 1983, pp. 19-25.

- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (1983), trad. Silvia Pappe/ Brunhilde Erker, 2ª. ed., Barcelona, Anthropos, 1998.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991.
- MACÍAS CARO, Víctor Manuel, “Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015”, en *RP*, nº. 36, 2015, pp. 133-144.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *AP*, nº. 7, 2003, pp. 195-214.
- “La libertad vigilada”, en *DLL*, nº. 7534, Sección Tribuna, 2010, pp. 1-7.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Beccaria: la pena como exclusión. «Destierros y confiscaciones» y «De la pena de muerte» en De los delitos y de las penas”, en Kindhäuser, Urs/ Mañalich, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 251-287.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª. ed., Madrid, Civitas, 2011.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *JD*, nº. 47, 2003, pp. 6-11.
- “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2004, pp. 1287-1298.
- “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, en *JD*, nº. 61, 2008, pp. 19-29.
- “La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las «clases peligrosas»”, en *REIC*, nº. 17, 2015, pp. 1-56.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca/ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP)”, en Álvarez García, Francisco Javier (Dir.), Dopico Gómez-Aller, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de profesores de Derecho penal «Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 201-204.
- MARIÑA, Abelardo/ MATEO, Juan Pablo, “El sistema capitalista mundial y la crisis

- económica”, en Mateo, Juan Pablo (Coord.), *Capitalismo en recesión. La crisis en el centro y la periferia de la economía mundial*, Madrid, Maia Ediciones, 2015, pp. 77-104.
- MARTINSON, Robert, “What Works? Questions and answers about prison reform”, en *The public interest*, I. 35, 1974, pp. 22-74, <url: <http://goo.gl/UOxYlx>>, consultado el 25/05/2015.
- MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011.
- MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte General*, trads. de la 7ª. ed. Jorge Bofill Genzsch/ Enrique Aimone Gibson, T. I, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MEZGER, Edmund, “¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?” (1938), trad. Francisco Muñoz Conde, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 298-314. También publicado en *RP*, nº. 10, 2002, pp. 3-23.
- *Tratado de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª. ed., T. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1946.
 - *Criminología*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1950.
- MICHAVILA, Narciso, “Aspectos sociales. La opinión pública ante las cuestiones de seguridad”, en De Cueto, Carlos/ Jordán, Javier (Edits.), *La gestión de seguridad en el nuevo entorno estratégico*, Granada, Comares, 2005, pp. 85-109.
- MIR PUIG, Santiago, “Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva”, en *ADPCP*, T. 39, F. 1, 1986, pp. 49-58.
- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
 - *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Barcelona, Reppertor, 2011.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, “El Derecho penal frente al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis ¿amigo en periodos de final dialogado?”, en Català i Bas, Alexandre H./ García Mengual, Fernando (Coords.), *El reconocimiento de las*

víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia, Valencia, Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, 2013, pp.177-214.

MIRÓ LLINARES, Fernando/ BAUTISTA ORTUÑO, Rebecca, “¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial”, en *InDret*, nº. 4, 2013, pp. 1-53.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones críticas sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana”, en *Abogacia.es/newsletter*, nº. 67, 27/03/2014, <url: <http://goo.gl/Lfw107> >, consultado el 25/09/2015.

MORRIS, Martina/ WESTERN, Bruce, “Inequality in earnings at the close of the Twentieth Century”, en *ARS*, V. 25, 1999, pp. 623-657.

MORSELLI, Elio, “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, en *ADPCP*, T. 48, F. I, 1995, pp. 265-274.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *CPC*, nº. 7, 1979, pp. 91-106.

- *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

- “La prisión en el Estado social y democrático de derecho: prevención general versus prevención especial: ¿un conflicto insoluble?”, en *Eguzkilore*, nº. Extra 2, 1989, pp. 165-172.

- “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en *Doxa*, nº 15-16, V. II, 1994, pp. 1025-1050.

- “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, en *RDPP*, nº. 1, 1999, pp. 63-98.

- “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?”, en *RP*, nº. 6, 2000, pp. 104-114.

- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo. ¿Un paso para la «solución final de la cuestión social»?”, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 261-297. También publicado en: *RECPC*, nº. 4, 2002, criminet.ugr.es/recpc, agosto, 2002; y en Zugaldía Espinar, José Miguel/ López Barja de Quiroga,

Jacobo (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 591-608.

- “Un proyecto de ley: el proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”, en Muñoz Conde, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 171-259.

- “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Muñoz Conde, Francisco/ Losano, Mario G. (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 161-183.

- *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005.

- “Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la «tolerancia cero» al «derecho penal del enemigo»”, en *RECJ*, nº. 2, 2005, pp. 1-32.

- *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo*, 1ª. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.

- “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código penal español de 14 de noviembre de 2008”, en *RP*, nº. 24, 2009, pp. 108-121.

- “La herencia de Franz Von Liszt”, en *RP*, nº 27, 2011, pp. 159-174.

- “El derecho en la guerra contra el terrorismo: el derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)”, en *RP*, nº. 29, 2012, pp. 115-126.

- *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CUESTA, Javier, “Una nueva forma de comisión del delito de desórdenes públicos en la sociedad actual”, en *RJA*, nº 7, 2007, pp. 133-135.

NAUCKE, Wolfgang, “A crítica de Kant à teoria empírica do Direito”, trad. Luís Greco, en *RBCCrim*, nº. 95, 2012, pp. 97-114.

NIETO GARCÍA, Luis Carlos, “Rompiendo las costuras de las garantías: Comentarios al anteproyecto de ley de seguridad ciudadana”, en *Papeles*, nº. 124, 2013-2014, pp. 63-75.

- NIETO MARTÍN, Adán/ MAROTO CALATAYUD, Manuel, “Redes sociales en internet y «data mining» en la prospección e investigación de comportamientos delictivos”, en Rallo Lombarte, Artemi/ Martínez Martínez, Ricard (Coords.), *Derechos y redes sociales*, 1ª. ed., Madrid, Civitas, 2010, pp. 207-257.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos”, en Muñoz Conde, Francisco (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 115-162.
- “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un 'camino sin retorno' hacia el Derecho penal del enemigo?”, en *RGDP*, nº. 11, 2009, pp. 1-45.
 - *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas. Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- NUVOLONE, Pietro, “O problema da reeducação do condenado”, en *RBCDP*, nº. 11, out-dez, 1965, pp. 7-17.
- PARISER, Eli, *O filtro invisível. O que a internet está escondendo de você*, trad. Diego Alfaro, Rio de Janeiro, Zahar, 2012.
- PARMELEE, Maurice, *Criminología* (1918), trad. Julio-César Cerdeiras, Madrid, Reus, 2004.
- PASTOR, Daniel R., “Prontitud de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 195-208.
- PAVARINI, Massimo, “«Economía de exceso» y castigos excesivos”, en *CDS*, nº. 30, 2003, pp. 230-244.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Del derecho penal como carta magna de la víctima al programa social del derecho penal en el Estado de Bienestar”, en Pérez Álvarez, Fernando/ Núñez Paz, Miguel Ángel/ García Alfaraz, Isabel (Coords.), en *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2007, pp. 611-626.
- “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden

penal”, en Faraldo Cabana, Patricia (Dir.), Puente Aba, Luz María/ Souto García, Eva María (Coords.), *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 95-138.

- “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”, en Serrano-Piedecabras, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 53-79.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en Silva Sánchez, Jesús-María (Edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 73-88.

- “Fundamentos y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”, en *InDret*, nº. 2, 2011, pp. 1-40.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre de 2001”, en *Mientras tanto*, nº. 83, 2002, pp. 77-91.

- “La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2004, pp. 1401-1424.

- “El Derecho Penal de la «seguridad»: una secuela inevitable de la desaparición del Estado Social”, en Brandariz García, José Ángel/ Pastor Verdú, Jaime (Edits.), *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2005, pp. 52-79.

- “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”, en Portilla Contreras, Guillermo (Coord.), *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal, 2005, pp. 57-85.

- *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo portmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- “El regreso del concepto "seguridad del Estado" como bien jurídico autónomo y una consecuencia: la participación de los gobierno europeos en las detenciones ilegales y torturas practicadas por funcionarios de EE. UU.”, en

ACFS, nº. 43, 2009, pp. 93-115.

- “La legalización de la violencia fundadora del Derecho: la exclusión del derecho al amparo del propio Derecho”, en Serrano-Piedecasas, José Ramón/ Demetrio Crespo, Eduardo (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 228-239.

PRANTL, Heribert, “La ciencia alemana del derecho penal debe aprender a hablar”, en Muñoz Conde, Francisco (Coord. versión española), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 367-374.

PRINS, Adolphe, *Ciência penal e Direito positivo*, trad. Henrique de Carvalho, Lisboa, Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira, 1915.

PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?”, Revisor: Juan Carlos Hortal Ibarra, en Mir Puig, Santiago/ Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier editorial, 2004, pp. 107-119.

- “¿Guerra en los tiempos de paz?: fundamento y límites de la distinción entre derecho penal y guerra”, en *RP*, nº. 14, 2004, pp. 174-181.

- “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, en *RGDP*, nº. 4, 2005, pp. 1-18.

- “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, trad. Gustavo Chan Mora, en *RGDP*, nº. 7, 2007, pp. 1-12.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Justicia televisiva”, publicado en el periódico *La Vanguardia*, 24/03/93, p. 17.

- *Adonde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, Madrid, Civitas, 2004.

- “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio/ Gurdíel Sierra, Manuel/ Cortés Bechiarelli, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 929-958.

- “La revisión del delito político: islamismo y otros problemas”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 2, 2006, pp. 687-712.

- “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, en *RECPC*, nº. 12, 2010, pp. 1-20.

QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva penología: penas y medidas de seguridad*, 1ª. ed., Madrid, Librería y casa editorial Hernando, 1931.

RABOSSI, Eduardo A., “Sobre la justificación moral del castigo”, en Jiménez Huerta, Mariano/ Bacigalupo, Enrique/ Barbero Santos, Marino/ Bergalli, Roberto/ Romero, Gladys N./ Tozzini, Carlos A. (Edits.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho - En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pp. 185-201.

RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción” (1924), trad. José Luis Guzmán Dalbora, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-5.

- *Filosofia do Direito* (1933) y apéndice “Cinco minutos de Filosofia do direito” (1945), trad. L. Cabral de Moncada, 6ª. ed., Coimbra, Armênio Amado Editor, 1997.

REBOLLO VARGAS, Rafael, “Rasgos actuales de la política criminal”, en *RDPP*, nº. 14, 2005, pp. 103-108.

REINER, Robert, “The media made criminality”, en Maguire, Mike/ Morgan, Rod/ Reiner, Robert (Edits.), *The Oxford handbook of criminology*, New York, Oxford University Press, 1997, pp. 189-231.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, “Reflexiones sobre la ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva”, en *RDPC*, 2ª. época, nº. Extraordinario 2, 2004, pp. 101-193.

- “La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013”, en *RDPC*, nº. Extra 1, 2013, pp. 177-212.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, “Principios orientadores del Constitucionalismo Social”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, pp. 157-218.

RIVERA BEIRAS, Iñaki/ NICOLÁS LAZO, Gemma, “La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, pp. 219-254.

RÖDER, Cárlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito*

y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatório para la renovación del Derecho penal, trad. Francisco Giner, 3ª. ed., Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1876.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, en *ADPCP*, T. 31, F. 1, 1978, pp. 5-11.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, “La nueva regulación de la prescripción penal. Una reforma en busca de seguridad jurídica, una reforma «proactione»”, en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 251-274.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, *La extrema derecha europea*, Madrid, Alianza, 2004.

ROITMAN ROSENMAN, Marcos, *Los indignados. El rescate de la política*, Madrid, Akal, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social* (1762), trad. Fernando de los Ríos, Madrid, Espasa, 2011.

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

- “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”, trads. Miguel Díaz y García Conlledo/ Mercedes Pérez Manzano, en *CPC*, nº. 48, 1992, pp. 795-810.

- “El proceso penal y los medios de comunicación”, en *RPJ*, 3ª. época, nº. 55, 1999, pp. 73-93.

- “Pena y reparación”, en *ADPCP*, T. 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 5-16.

- “Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad”, trad. Carmen Gómez Rivero, en Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 57-94.

- *Derecho penal, Parte General*, trads. Diego-Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, 2ª. ed., T. I, Madrid, Civitas, 2003.

- “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *RP*, nº. 18, 2006, pp. 242-248.

RUIZ CHASCO, Santiago, “Videovigilancia en el centro de Madrid. ¿Hacia el panóptico electrónico?”, en *Teknokultura*, V. 11, nº. 2, 2014, pp. 301-327.

RUSCHE, Georg/ KIRSCHHEIMER, Otto, *Punição e estrutura social* (1939), trad.

- Gizlene Neder, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- SÁ, Alexandre, "Media, mass media, novos media e a crise da cidadania", en *BOCC*, <url: <http://goo.gl/DVaAOR>>, consultado el 29/05/2015.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., "La inseguridad, lema de campaña electoral", en *JD*, nº. 45, 2002, pp. 3-8.
- SALAT PAISAL, Marc, "La libertad vigilada", en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 203-212.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003", en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-33.
- SANZ MULAS, Nieves, "Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente", en Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio/ Sanz Mulas, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, pp. 1-31.
- "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günther Jakobs: El fantasma del enemigo en la legislación penal española", en *RECPC*, nº. 14, 2012, pp. 1-29.
- SCHEERER, Sebastian, "El círculo de reforzamiento político-periodístico. Sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal", trad. Miguel Ángel Cano Paños, en *RDPC*, nº. 8, 2012, pp. 403-410.
- SCHEERER, Sebastian/ BÖHM, María Laura/ VÍQUEZ, Karolina, "Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo", en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, V. 2, 2006, pp. 917-938.
- SEELIG, Ernst, *Tratado de criminología*, trad. Jose María Rodríguez Devesa, 1ª. ed. española, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958.
- SEGURA VÁZQUEZ, Alejandro, "El pastor, el doctor y el *Big Data*", en *Tecnocultura*, V. 11 (2), 2014, pp. 243-257.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, "Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal", en *RECPC*, nº. 12, 2010, pp. 1-7.
- SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, José Luis, "El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica",

- en *CPC*, nº 93, 2007, pp. 113-142.
- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, “Efectos de la crisis del *Welfare State* en el ordenamiento jurídico penal”, en *RGDP*, nº. 4, 2005, pp. 1-25.
- SIERRA LÓPEZ, María del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El retorno de la inocuización”, en Nieto Martín, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, V. 1, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, pp. 699-710.
- *Tiempos de Derecho penal*, Montevideo, B de F, 2009.
 - *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª. ed., Montevideo, B de F, 2010.
 - *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. ed., Montevideo, B de F, 2011.
- SOMERS, Margaret R., *Genealogies of citizenship. Markets, statelessness, and right to have rights*, reprint, New York, Cambridge University press, 2010.
- SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *RECPC*, nº. 7, 2005, pp. 1-46.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel, “Fin de las penas”, en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 129-133.
- STRATENWERTH, Günter, “¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?”, en *RBCCrim*, nº. 66, 2007, pp. 53-76.
- STUART MILL, John, *Bentham* (1838), Estudio preliminar, traducción y notas: Carlos Mellizo, 2ª. ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- TAIBO, Carlos, *Nada será como antes. Sobre el movimiento 15-M*, Madrid, Catarata, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, en <url: <http://goo.gl/cToFYC>>, consultado el 27/06/2012, pp. 1-35.
- “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la

- victimidad", en *InDret*, nº. 1, 2013, pp. 1-31.
- TARDE, Gabriel, *A criminalidade comparada*, trad. Ludy Veloso, Rio de Janeiro, Edit. Nacional de Direito, 1957.
- TEJERINA MONTAÑA, Benjamín, *La sociedad imaginada. Movimientos sociales y cambio cultural en España*, Madrid, Trotta, 2010.
- THAMAN, Stephen C., "La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001", en *DPyC*, V. 30, nº. 89, 2009, pp. 163-208.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España* (1973), Barcelona, Crítica, 2000.
- "El Derecho Penal como instrumento de gobierno", en *Estudis*, nº. 22, 1996, pp. 249-262.
- TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 6ª. ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975.
- TRUCCONE BORGOGNO, Tiago, "Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal", en *RGDP*, nº. 19, 2013, pp. 1-21.
- VALDIVIELSO NAVARRO, Joaquín, "Sobre si es posible una filosofía política del 15M. Una tesis y algunas hipótesis provisionales", en *Astrolabio*, nº. 13, 2012, pp. 471-480.
- VARONA GÓMEZ, Daniel, "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España", en *InDret*, nº. 1, 2009, pp. 1-31.
- "Medios de comunicación y punitivismo", en *InDret*, nº. 1, 2011, pp. 1-34.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, "Derecho de castigar", en Matus, Jean Pierre (Dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene – De la obra maestra a los becarios*, Montevideo, B de F, 2011, pp. 29-41.
- VIANO, Emilio C., "Medidas extraordinarias para tiempos extraordinarios: política criminal tras el 11.09.2001", en *RBCCRIM*, nº. 52, 2005, pp. 286-308.
- VIGANÒ, Francesco, "La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana", en *PolCrim*, nº. 3, 2007, pp. 1-27.
- VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trads. Pedro Salazar Ugarte/ Paula Sofía Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012.

- VOLTAIRE, “Comentario al libro «De los delitos y de las penas»” (1766), trad. Juan Antonio de las Casas, Apéndice a Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1766), Madrid, Alianza Editorial, 2014, pp. 147-203.
- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (1801), trad. de la 4ª. ed. alemana: Eugénio Raúl Zaffaroni/ Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- VON HENTIG, Hans, *Criminología. Causas y condiciones del delito*, trad. Abad de Santillán, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1948.
- VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice: the choice of punishment*, Reprint, Massachusetts, Northeastern University Press, 1986.
- *Censurar y castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid, Trotta, 1998.
 - “Retribución y prevención como elemento de justificación de la pena”, trad. Adán Nieto Martín, en Arroyo Zapatero, Luis Alberto/ Nieto Martín, Adán/ Neumann, Ulfried (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 125-146.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal* (1881), trad. Quintiliano Saldaña, T. I, 4ª. ed., Madrid, Reus, 1999.
- *Tratado de Derecho Penal* (1881), trad. Luis Jiménez de Asúa, T. II, 4ª. ed., Madrid, Reus, 1999.
 - *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Comares, 1995.
- WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, versión de Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000.
- “The penalization of poverty and the rise of neo-liberalism”, en *EJCPR*, nº. 9, 2001, pp. 401-412.
 - “El matrimonio entre el workfare y el prisonfare en el siglo XXI”, en *Astrolabio*, nº. 9, 2012, pp. 184-205.
- WELCH, Michael, “Los delitos de Estado en la guerra estadounidense contra el terror: una mirada a la cultura de la impunidad”, en *CC*, V. 33, nº. 4, 2005, pp. 391-428.
- WILSON, James Q., *Moral judgment*, New York, Basic Books, 1997.

- WRIGHT, Erik Olin, *Construyendo utopías reales*, trad. Ramón Cotarelo, Madrid, Akal, 2010.
- “The «triadic» model of society in Somers’ Genealogies of Citizenship”, en *Socio-economic Review*, 9 (2), 2011, pp. 405-418.
- YOUNG, Jock, *La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trads. Roberto Bergalli/ Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.
- “La legitimización del control penal de los «extraños»”, en Cancio Meliá, Manuel/ Gómez-Jara Díez, Carlos (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, V. 1, 2006, pp. 1117-1148.
- ZIMRING, Franklin E., “Política criminal y legislación penal en la experiencia estadounidense reciente”, trad. Susana Soto Navarro, en Díez Ripollés, José Luis/ Soto Navarro, Susana/ Prieto del Pino, Ana María (Coords.), *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 47-62.
- ŽIŽEK, Slavoj, *Bienvenidos al desierto de lo real*, trad. Cristina Vega Solis, 2ª. ed., 1ª. reimpresión, Madrid, Akal, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, Apéndice a Von Liszt, Franz, *La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882), Granada, Comares, 1995, pp. 11-40.
- “¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?”, en *CPC*, nº. 79, 2003, pp. 109-124.
 - “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *RDPC*, 3ª. época, nº. 1, 2009, pp. 199-212.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.)/ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (Coord.)/ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena/ RAMOS TAPIA, María Inmaculada/ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Sobre la resocialización de los presos terroristas”, en *JD*, nº. 35, 1999, pp. 28-30.

- “Viajes y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/ Sanz Mulas, Nieves (Coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, Comares, 2005, pp. 99-130.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política Anglosajona”, en Rivera Beiras, Iñaki (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, pp. 255- 86.